

Merc. 80
111. 2

More 8° 111 2

Itan

C

Die Wirkungen
des
Verzugs des Schuldners
beim **Fixgeschäft**
nach deutschem Handelsrecht.

Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung der juristischen Doctorwürde
der hohen staatswissenschaftlichen Facultät
der

Universität Zürich

vorgelegt und öffentlich vertheidigt

den 21. Mai 1881

von

CLEMENS ITEN,

von Unterägeri (Ct. Zug).

ZÜRICH

Druck von Orell Füssli & Co.

1881

Die Wirkungen

des

Verzugs des Schuldners

beim Fikgeschäft

nach deutschem Handelsrecht

Handels-Gesetz

von

König der Preussischen Provinzen

Fach



Univ

Vertrag

des St. des 1861

von

CLEMENS II

von Papst der Zeit

1861

1861

1861

Dem Andenken meines theuren Grossonkels

W. Henggeler-Schmid,

Alt Nationalrath

in aufrichtiger Dankbarkeit

gewidmet

Der Verfasser.

Dem Annehmen dieses Beschlusses

H. Handpeter-Schmidt

in Abschied

der Mitglieder des Ausschusses

Gegeben

am 1. März 1871

Uebersicht.

	Pagina.
§ 1. I. Zum Begriff und Wesen des Fixgeschäftes	1—14
§ 2. II. Begründung des Verzuges beim Fixgeschäft	14—27
§ 3. III. Wirkungen des Verzuges	27—29
§ 4. <i>a)</i> Das Verhältniss der drei Rechte zu einander, Consumption des Wahlrechts	29—45
§ 5. <i>b)</i> Verzug des Fixkäufers in Bezahlung des Kaufpreises; Rechte des Fixverkäufers	46—48
<i>α.</i> Erfüllung nebst Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung... ..	48—56
<i>β.</i> Das Verkaufsrecht nebst Schadenersatz	56—72
<i>γ.</i> Das Rücktrittsrecht	72—81
§ 6. <i>c)</i> Verzug des Fixverkäufers in Uebergabe der Waare; Rechte des Fixkäufers	82
<i>α.</i> Erfüllung nebst Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung... ..	82—89
<i>β.</i> Schadenersatz wegen Nichterfüllung ...	89—102
<i>γ.</i> Rücktrittsrecht	102
§ 7. <i>d)</i> Theilweiser Verzug in Erfüllung eines Fixgeschäftes	102—103
§ 8. IV. Dispositive Natur des Art. 357	103—105
§ 9. V. Schluss (Anhang)	105—113

I.

§ 1. Zum Begriff und Wesen des Fixgeschäftes.

Das Fixgeschäft ist eine besondere Art des Lieferungsgeschäftes. Um den Begriff und das Wesen des erstern darlegen zu können, bedarf es einer kurzen Erörterung des letztern.

Der Begriff des Lieferungsgeschäftes ist weder in der Doctrin, noch im Handelsrecht ein fest bestimmter und über das Criterium, wodurch sich dasselbe von andern Käufen, bei welchen die Erfüllung nicht sogleich nach dem Abschluss erfolgt, unterscheide, sind verschiedene Ansichten aufgestellt worden (Brinkmann § 89, Thöl § 258). Lange Zeit glaubte man dasselbe als etwas vom Kaufgeschäft Verschiedenes von letzterem trennen zu müssen. So rangirt das preussische Landrecht, Theil I. tit. 11 § 981—987, den Lieferungsvertrag unter diejenigen Verträge, durch welche Sachen gegen Handlungen und Handlungen gegen Handlungen versprochen werden und betrachtet erst dann das Lieferungsgeschäft mit dem Kaufgeschäft identisch, wenn die Leistung (Lieferung) erfüllt wurde.¹⁾ Dass jedoch Lieferungsgeschäft und Kaufgeschäft sich begrifflich nicht von einander trennen lassen, weil die innere Natur der beiden eine juristisch wesentlich gleiche ist, dass vielmehr jenes nichts anderes ist, als ein reines Kaufgeschäft mit aufgeschobener Erfüllung, ist heut zu Tage wohl unbestritten.²⁾ Demnach ist an folgender Definition festzuhalten:

¹⁾ „Ante implementum“, meint Suarez in den *Monita revisorum* zum preussischen Landrecht, ist kein Kauf vorhanden, sondern ein „Contractus ut des“. Erst „post implementum“ tritt das Verhältniss wie zwischen Käufer und Verkäufer ein. Vergl. auch Koch (Das Recht der Forderungen, III. Theil), welcher im Lieferungsvertrag einen Contractus aestimatorius erblickt. — In der Nürnberger-Conferenz zur Berathung eines a. d. H.G.B. treten ebenfalls verschiedene Ansichten auf über das Lieferungsgeschäft.

²⁾ So fasst es auch das A. D. Handelsgesetzbuch auf, welches übrigens vom Lieferungsgeschäft nur an zwei Stellen redet (in Art. 271 Abs. 2 und Art. 338) vergl. Goldschmidt, Zeitschrift XV, pag. 245.

Lieferungsgeschäft ist ein Kaufgeschäft mit Bestimmung eines Termins oder einer Frist zur Lieferung oder Empfangnahme des Kaufgegenstandes,³⁾ wozu der Tageskauf (*marché au comptant*), welcher sofortige Uebergabe der Waare nach Abschluss des Kaufes zum Gegenstand hat, den Gegensatz bildet.

In Betreff der Lieferung oder Empfangnahme kann nun entweder *pünktliche (genaue) Einhaltung einer festbestimmten Zeit* (Termin oder Frist) vereinbart sein oder nicht. Im erstern Falle haben wir es mit einem sogenannten *Fixgeschäft*, im andern Falle mit einem *Mahnungsgeschäft*⁴⁾ zu thun.

Das Fixgeschäft ist also nichts anderes, als ein Lieferungsgeschäft, bei welchem die Lieferungszeit der Waare genau und fest bestimmt ist. Der Ausdruck „Fixgeschäft“ findet sich zwar im a. d. H. G. B. nirgends erwähnt, — er ist aus der Sprache des kaufmännischen Verkehrs entnommen und ein terminus technicus des Handelsrechts geworden,⁵⁾ — es hat jedoch der Gesetzgeber, wenn auch nur in vorübergehender Weise der Fixgeschäfte resp. der Voraussetzungen und Wirkungen desselben bei Verzug Erwähnung gethan. Das a. d. H. G. B. unterscheidet nämlich scharf zwischen Kaufgeschäften, bei welchen eine Vereinbarung getroffen, dass die Waare genau und zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist geliefert werden soll (davon handelt Art. 357) und solchen, bei denen eine derartige Vereinbarung nicht getroffen worden ist (davon handeln Art. 354—356.)

Art. 357, Abs. 1 lautet: „Ist bedungen, dass die Waare genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist ge-

³⁾ So Endemann (Handelsrecht pag. 581, 582). Derselbe unterscheidet aber:

1. zwischen Lieferungsgeschäft im weitern (obigen) Sinne und
2. dem Lieferungsgeschäft im engeren Sinne. Das letztere bezweckt die Lieferung von Sachen, welche von dem Lieferanten erst angeschafft und erzeugt werden gegen einen bestimmten Kaufpreis. Ueber die verschiedenen Ausdrücke für Lieferungsgeschäft (wie: Lieferungskauf, Zeitkauf, Zielkauf) siehe Bender: Verkehr mit Staatspapieren pag. 374 u. folg. Dagegen Thöl, Handelsrecht I, § 258, Note 8. Baron Gruchot, Beiträge II. Pescatore: De emptione et subministratione (Lieferungsgeschäft) secundum jus mercatorium pag. 65.

⁴⁾ Thöl gebraucht diesen Ausdruck in oben angegebenem Sinne (Handelsrecht I, § 282).

⁵⁾ Fixgeschäft kommt wohl von dem Zusatz „fix“ bei vereinbarter Lieferungszeit, z. B. Ende Mai fix. Dass dasselbe schon im Handelsverkehre der Römer seine Verwendung gefunden, daran ist nicht zu zweifeln. So dürfte in l. 4 D. 13. 3 ein solches Fixgeschäft erblickt werden (v. Pescatore pag. 4 a. o. O.).

liefert werden soll, so kommt der Art. 356 nicht zur Anwendung“ u. s. w.

Es ist nun keineswegs in Abrede zu stellen, dass sich im concreten Falle grosse Schwierigkeiten zeigen werden, auf Grund der Bestimmung des Art. 357 Abs. 1, welche überhaupt als die einzige im ganzen H. G. B. auf das Wesen und den Begriff des Fixgeschäftes Bezug nimmt, immer und zweifelsohne das Vorhandensein eines Fixgeschäftes zu constatiren. De lege ferenda wäre wohl (vide Schlussparagraph) der jetzigen Fassung des Art. 357 nicht beizustimmen, wie denn auch in dritter Lesung des Entwurfs zu einem H. G. B. laut Nürnbergerprotokolle p. 4601 das grösste Bedenken erhoben wurde: „Es werde nicht möglich sein im Leben die Geschäfte, wobei die Waare zu einer nach den Gesetzen genau und festbestimmten Zeit geliefert werden müsste, von denjenigen zu trennen, bei welchen sich eine solche fixe Zeitbestimmung nicht vorfinde.“

Dennoch lassen sich u. E. auf Grund richtiger Gesetzesinterpretation und in gehöriger Berücksichtigung des überaus reichen Materials, welches sich in der gerichtlichen Praxis über das Fixgeschäft vorfindet, gewisse allgemeine Principien ableiten, welche als Richtschnur für die Beantwortung und Lösung unserer Aufgabe gelten können.

Zunächst ist hier jene Ansicht zurückzuweisen, welche in dem Fixgeschäft ein unter einer Bedingung (sei es suspensiv, sei es resolutiv) abgeschlossenes Kaufgeschäft erblicken will.⁶⁾ Die Festsetzung eines bestimmten Lieferungstages oder einer bestimmten Lieferungsfrist hat an und für sich noch keineswegs die Wirkung einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung, insbesondere nicht einer gemeinrechtlichen *lex Commissoria*. Im Falle einer aufschiebenden Bedingung ist der Contract, wenn nämlich die Innehaltung des Termins oder der Frist als *Suspensivbedingung* erscheinen soll, gar nicht zu Stande gekommen.⁷⁾ Damit würde auch dem Interesse des Handelsmannes sehr wenig gedient sein. Denn der Wegfall der *Suspensivbedingung* schliesst die *Perfection* und somit auch die *Klagbarkeit* des Vertrages aus. Der Eintritt der auflösenden Bedingung aber hat nur den Erfolg, dass derjenige, zu dessen Vorthail diese Bedingung beigefügt worden ist, das solchermassen bedingte Kaufgeschäft für aufgehoben erklären kann. Und mit der Aufhebung des Vertrages selbst fällt auch die aus demselben entspringende

⁶⁾ Vergl. Annalen des Ob.-Appell.-Gerichts in Dresden Bd. IV.

⁷⁾ Vergl. Treitschke. Der Kaufcontract § 91, Ausgabe Wengler.

Klage auf direkte Erfüllung nebst Schadenersatz und auf die Leistung des *id quod interest* hinweg. Mit diesem Hilfsmittel, in dem Fixgeschäft ein suspensiv oder resolutiv bedingtes Lieferungsgeschäft zu erblicken, würde also gerade eine Gefährdung derjenigen Interessen verbunden sein, auf welche die Kaufmannschaft das grösste Gewicht legt, nämlich die Erfüllungsklage sowie die Forderung des Interesses.

Aus den nämlichen Gründen ist auch die Ansicht von Gad (Handelsrecht) zu verwerfen, welcher das Fixgeschäft als eine Art „betagter Umsatzgeschäfte“ auffasst.

Bei der jetzt folgenden, nähern Erörterung der spezifisch für das Fixgeschäft eigenthümlichen Merkmale ist von folgender Erwägung auszugehen: Das Fixgeschäft, als eine Modification des Lieferungsgeschäftes, theilt mit diesem alle jene Merkmale und Eigenschaften, welche letzterm als Kaufgeschäft im Allgemeinen zukommen. Diese gemeinsamen Merkmale und Eigenschaften, weil bei allen Kaufgeschäften sich vorfindend, sind als bekannt anzusehen und hier ausser Betracht zu lassen. In Berücksichtigung zu ziehen ist hier einzig *die principale Differenz, welche das Fixgeschäft als ein von andern Lieferungsgeschäften ganz besonders charakterisirt, das ist die genaue Termin- und Fristbestimmung für die Lieferung der Waare.*

Wichtig und entscheidend beim Fixgeschäft ist immer ein Zeitpunkt. Und zwar muss ein solcher Zeitpunkt jedenfalls *hinsichtlich der Uebergabe der Waare* fixirt sein. Dies besagt auch der Wortlaut des Art. 357 klar und deutlich: „Ist bedungen, dass die Waare genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist geliefert werden soll, so kommt Art. 356 nicht zur Anwendung“. Dass ein solcher Zeitpunkt auch für die Bezahlung des Pretium bestimmt sein muss, besagt Art. 357 gar nicht. Daraus folgt, dass wenn bei einem Kaufvertrage die Zeit oder die Frist zur Zahlung des Kaufpreises sehr bestimmt und genau angegeben ist, dagegen dieses Merkmal betreffs der Uebergabe der Waare fehlt, die Bestimmungen des Art. 357 auf dieses Kaufgeschäft keine Anwendung finden können, während im umgekehrten Falle, wenn bezüglich der Uebergabe der Waare ein fest und genau bestimmter Zeitpunkt vereinbart ist, hinsichtlich der Bezahlung des Kaufpreises aber dieses Merkmal der genauen Angabe fehlt, der Art. 357 zweifellos zur Anwendung kommt. Mit andern Worten: „*die genaue Bestimmung der Zeit oder Frist zur Uebergabe der Waare vermag nicht nur für den Verzug des Verkäufers, sondern auch für den Verzug des Käufers die Anwendung des Art. 357*

zu begründen, während eine genaue Zeitbestimmung in Betreff der Zahlung weder für das eine (den Verzug des Verkäufers), noch für das andere (den Verzug des Käufers) den Art. 357 präsumirt. — Ganz anderer Ansicht ist Kniep⁸⁾, welcher sich folgendermassen äussert: „Die Ausbedingung einer festbestimmten Zeit oder einer festbestimmten Frist ist für die fixe Kaufverpflichtung in demselben Sinn Erforderniss, wie für die fixe Verkaufsverpflichtung. Freilich lautet der Eingang des Art. 357 nur: „ist bedungen, dass die Waare genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist geliefert werden soll und darnach könnte es scheinen, als ob eine fixe Verkaufsverpflichtung nothwendig eine fixe Kaufsverpflichtung im Gefolge hätte, wenn auch die Zeitbestimmung hinsichtlich der Letztern so unbestimmt wie möglich wäre.“ Folgendes Beispiel mag die principale Differenz der Ansicht von Kniep und der oben aufgestellten zeigen: „Der Fixverkäufer A soll auf 1. Mai 1881 fix 100 Centner Weizen liefern, wogegen B den Kaufpreis (5000 Fr.) im Laufe des Monats Mai zu entrichten hat. Niemand wird bestreiten, dass in diesem Beispiele die Verkaufsverpflichtung eine fixe ist, der Kaufsverpflichtung jedoch das Merkmal der fixen Zeitbestimmung abgeht. Beruht nun die oben aufgestellte Ansicht auf Richtigkeit, so kommen die Bestimmungen des Art. 357 in Bezug auf dieses Kaufgeschäft nicht blos dann zur Anwendung, wenn der Verkäufer A mit der Uebergabe der Waare im Verzuge ist, sondern auch dann, wenn der Käufer B mit der Bezahlung des Kaufpreises (Ende Mai) im Verzuge ist. Nach der Ansicht von Kniep jedoch, welcher in diesem Beispiele die fixe Verkaufsverpflichtung des A grundsätzlich von der nicht fixen Kaufsverpflichtung des B trennen würde, dürfte der Art. 357 nur bei Verzug des Fixverkäufers A statuirt werden, nicht aber bei Verzug des Käufers B, für dessen Kaufsverpflichtung nach Kniep das Merkmal der fixen Zeitbestimmung in eben demselben Maasse gefordert wird, wie für die Verkaufsverpflichtung des A.

Wir halten unsere Ansicht gegenüber derjenigen von Kniep entschieden aufrecht: Einmal schon desswegen, weil in der Bestimmung des Art. 357 Abs. 1 ein grober redactioneller Verstoss erblickt werden müsste, wenn der Gesetzgeber nicht blos für den Zeitpunkt der Uebergabe, sondern auch für denjenigen der Bezahlung des Kaufpreises eine

⁸⁾ Kniep. Die Mora des Schuldners nach römischem und heutigem Recht, Bd. II, pag. 111.

fest und genau bestimmte Zeit fordern wollte. Denn für den einen Fall (Uebergabe der Waare) dieses *expressis verbis* hervorheben und für den andern Fall (Bezahlung des Kaufpreises) es an irgend welcher Bestimmung fehlen lassen, darf doch zum Mindesten als ein grobes redactionelles Versehen genannt werden. Allerdings macht Kniep darauf aufmerksam, „dass es ja gerade in demselben Artikel von beiden Contrahenten heisse: es muss derjenige, welcher auf Erfüllung bestehen will, dies unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder Frist dem andern Contrahenten anzeigen. Daraus könne man entnehmen, dass Zeit und Frist für beide Verpflichtungen in derselben Weise Erforderniss haben sollen“. Dieser Schluss geht zu weit. Aus dem Umstande, dass der Verkäufer wie der Käufer gleich nach Ablauf der Frist oder Zeit dem andern Contrahenten die Anzeige machen muss, kann nicht gefolgert werden, dass diese Zeit und Frist sowohl bezüglich der Waarenübergabe als bezüglich der Bezahlung des Kaufpreises eine gleich geartete sein müsse. Wäre dies der Fall, so hätte der Gesetzgeber im Anfange des Art. 357 es sicherlich nicht unterlassen, auch für die Bezahlung des Kaufpreises eine solche festbestimmte Zeit oder Frist zu verlangen.

Was uns aber noch mehr bestärkt, die Ansicht von Kniep nicht zu theilen, liegt im Folgenden: Kniep trennt die Verkaufsverpflichtung von der Kaufsverpflichtung und meint: „so kann es freilich vorkommen, dass einer fixen Verkaufsverpflichtung auch eine nicht fixe Kaufsverpflichtung entspricht“ (vide obiges Beispiel), in welchem Falle er ohne Zweifel bei Verzug des Verkäufers die Anwendung des Art. 357 gestattet, bei Verzug des Käufers aber dieselbe verweigert. Was ist nun natürlicher — und Kniep kann sich dieser Consequenz nicht entziehen — als dass in denjenigen Fällen, in welchen einer fixen Kaufsverpflichtung eine nicht fixe Verkaufsverpflichtung entspricht, der Verzug des Käufers nach Art. 357, der Verzug des Verkäufers nach Art. 356 beurtheilt wird. Mit andern Worten: Kniep muss, wenn er seine Ansicht in dieser Consequenz durchführen will, auch in solchen Fällen, in welchen die Uebergabe der Waare kein genau und festbestimmter Zeitpunkt, wohl aber ein solcher bezüglich der Bezahlung des Kaufpreises vereinbart ist, den Artikel 357 anwenden. Bis jetzt haben alle Gerichte: das Reichsoberhandelsgericht, wie die Landesgerichte, sowohl in Deutschland als in Oesterreich einer solchen Interpretation kein Gehör gegeben. Und Kniep selber äussert sich sub pag. 95 dahin: „das Fixgeschäft hat zu seiner Voraussetzung eine Vereinbarung, dass die Waare genau

zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist geliefert werden soll; ist die angegebene Voraussetzung nicht vorhanden, so liegt kein Fixgeschäft, sondern ein gutgläubiges Kaufgeschäft vor.“

Dieser Zeitpunkt betreffs Uebergabe der Waare muss *genau und festbestimmt* sein, mag derselbe nun in einem Termin, an welchem die Waare geliefert werden oder in einer Frist, bis zu welcher sie geliefert werden soll, bestehen. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 357, welcher sich keineswegs auf alle Kaufgeschäfte mit einem bestimmten Lieferungstermin oder mit einer bestimmten Lieferungsfrist schlechthin bezieht, sondern nur auf solche Kaufgeschäfte, bei welchen der Termin oder die Frist für die Lieferung der Waare genau und festbestimmt vereinbart ist. Zwei Faktoren sind es also besonders, durch deren Zusammentreffen sich die im Art. 357 gedachten Kaufgeschäfte characterisiren.

1. *Die feste Zeitbestimmung bezügl. Uebergabe der Waare.*
2. *Der Wille beider Contrahenten, dass pünktlich (genau) an diesem Termin oder innerhalb dieser Frist erfüllt werden soll.*

Ad 1. In dem Gebrauch der Worte „festbestimmt“ haben Manche einen Pleonasmus finden wollen, weil es eine „ungewisse Bestimmtheit“ nicht gebe. Erwägt man aber, dass mit der Bestimmung eben nur auf die Vereinbarung betreffs der Zeit der Erfüllung hingewiesen wird, und diese Vereinbarung allerdings den Termin oder die Frist der Erfüllung mehr oder weniger genau fixiren kann, mit andern Worten, dass es in der Hand der Contrahenten liegt, den Eintritt der Erfüllungszeit mit mehr oder weniger Bestimmtheit festzusetzen, so hat der Ausdruck „festbestimmt“ wohl Anspruch auf Berechtigung und liegt in demselben durchaus nichts Ueberflüssiges. Es ist daher unter einer festbestimmten Zeit oder Frist im Sinne des Artikel 357 immer nur ein *dies certus* zu verstehen, welcher von den Parteien in der Absicht verabredet worden, dass sie von Anfang an (von der Perfection des Vertrages an) oder doch wenigstens vor Eintritt des Lieferungstages genau wissen und berechnen können, dass und wann dieser *dies* eintreten muss.

Eine solche Termin- oder Fristbestimmung kann zunächst durch die *kalendermässige Bezeichnung des Tages* erfolgen, an welchem oder bis zu welchem geliefert werden soll, z. B. am 1. August lieferbar; vom 1. Mai 1881 bis 1. August 1881. Sie kann aber auch ohne

Zweifel mit Berücksichtigung der in den Artikeln 327 bis 333 ausgedrückten Zeitabschnitten erfolgen, z. B. medio Juli, ultimo August.⁹⁾

Nicht minder können auch *solche geschäftlichen Ereignisse, welche regelmässig zu bestimmten Zeitperioden eintreten*, wie z. B. der Anfang oder das Ende von Messen zu einer festen Zeitbestimmung im Sinne des Artikel 357 wohl benutzt werden. — Ebenso würden die Bestimmungen, dass am Michaeli- oder Martinstag oder bis zu einem gewissen Tage der Oster-, Pfingst-, Weihnachtswoche geliefert werden solle, als eine feste Zeitbestimmung zu betrachten sein. Nicht so die Ausdrücke: zu Weihnachten, Ostern, zu Frühjahr, Herbst, weil jene Feste und der Beginn dieser Jahreszeiten zwar auf gewisse relativ und absolut bestimmte, beziehungsweise aus dem Kalender ersichtliche Tage fallen, gleichwohl aber diese Bezeichnungen keine durch das Handelsgesetzbuch oder im Geschäftsleben allgemein normirte, feste Erfüllungstage in sich begreifen.¹⁰⁾

Es kann auch nicht als eine feste Zeitbestimmung im Sinne des Artikel 357 gelten, wenn sich der Lieferungstermin nach solchen Ereignissen richten soll, welche zwar zu gewissen Jahreszeiten einzutreten pflegen, bei denen aber die Zeit ihres Eintritts von äussern Umständen abhängt, z. B. bei offenem Wasser, bei Eröffnung der Schifffahrt.¹¹⁾ Wohl aber kann in der Bezugnahme auf ein hinsichtlich seines Eintretens unbestimmtes Ereigniss (nach v. Hahn Commentar zu Art. 357) dann eine feste Zeitbestimmung liegen, wenn es möglich ist, den verabredeten Lieferungstag noch vor seinem Eintritt *auf einen Kalendertag*

⁹⁾ Wenn das Reichsoberhandelsgericht in mehreren seiner Entscheidungen (z. B. R.O.H.G. VI, pag. 19; VII, pag. 261) Lieferungsgeschäften mit derartigen Zeitbestimmungen die Natur des Fixgeschäftes abgesprochen, so hat dies u. E. seinen Grund in andern Motiven, auf die weiter unten hingewiesen wird. Freilich sind diese Motive bei den beiden Entscheidungen als unzureichend anzusehen. (Vergl. auch Thöl § 281, Note 9 und 10). Siehe auch Busch, Archiv für Theorie und Praxis d. H. V. pag. 43 und 44. (Meier: Beitrag zu der Lehre des sogen. Fixgeschäftes.)

¹⁰⁾ Wo dies an bestimmten Orten nach bestehenden Geschäftsgebräuchen der Fall ist, treten natürlich andere Rücksichten ein (Art. 327). Z. B. ist in den allgem. Bedingungen bei An- und Verkauf von Getreide in Danzig bestimmt § 21. „Ist die Zeit der Lieferung mit dem Ausdruck „zum Frühjahr“ oder „per Frühjahr“ bezeichnet, so gilt dafür der Zeitraum vom 1. März bis 20. Mai (Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht VII, pag. 581; vergl. auch Siebenhaar Commentar zum bürgerlichen Gesetzbuch Sachsens III, pag. 53.

¹¹⁾ Das Obertribunal in Berlin (Striethorst Archiv LIII, pag. 261) hat anders entschieden. Dagegen wendet sich mit Recht Keyssner: Verhältniss des Art. 356 und 357 zu einander (in Busch, Archiv für Theorie und Praxis d. H. IV, pag. 157—164).

zu *reduzieren*, z. B. wenn als Lieferungstag der achte Tag nach Eröffnung der Schifffahrt verabredet ist.

So nothwendig zur Begründung eines Fixgeschäftes der Zusatz eines festbestimmten Lieferungstermins oder Lieferungsfrist ist, so macht doch derselbe für sich allein noch keineswegs ein Lieferungsgeschäft zu einem Fixgeschäft. Denn ohne Zweifel lassen sich die Vorschriften der Artikel 354 bis 356 nicht allein auf solche Handelskäufe beziehen, bei denen gar keine Zeitbestimmung getroffen, sondern auch auf solche, welche an einem festbestimmten Tage oder binnen einer festbestimmten Frist erfüllt werden sollen. Es muss daher noch ein zweites Moment hinzutreten und das ist

2. *Der Wille (Intention) der Contrahenten, dass pünktlich (genau) gerade zu dieser Zeit oder innerhalb dieser Frist erfüllt werden solle.* Die Bedingungen für das Vorhandensein ein Fixgeschäftes liegen also ausser dem absoluten Erforderniss der festen Zeitbestimmung noch darin, dass die Intention der Parteien darauf abzielt, dass nicht bloss die Erfüllung zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist von dem einen oder andern Contrahenten erwartet werde, was im Grunde genommen bei allen Kaufgeschäften vorkommt, welche zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist erfüllt werden sollen, sondern dass der Kauf selbst und dessen Rechtsbestand für den nichtsäumigen Theil auf den Ablauf der Zeit oder Frist gestellt werde und dass das Geschäft nach Ablauf dieser Zeit oder Frist aufhört für beide Contrahenten dasselbe zu sein und die frühere Wirksamkeit zu äussern.¹²⁾ „Wenn Pünktlichkeit“, sagt Thöl (§ 281), „als gewollt anzunehmen ist, so ist eben die auf bestimmte Zeit vereinbarte Erfüllung nach Ablauf dieser Zeit unmöglich, also die spätere Erfüllung eine andere, als die vereinbarte“ und es kann der Säumige alsdann nicht mehr darauf rechnen, dass die hinterherige Erfüllung von Seiten des nicht säumigen Contrahenten angenommen werde. Das Interesse an der Erfüllung steht und fällt mit der pünktlichen (genau gewollten) Innehaltung der Lieferungszeit.¹³⁾ Dieser Wille der Contrahenten, dass pünktlich zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist zu keiner andern geliefert werden soll, kann sich auf zweifache Weise manifestiren: entweder er wird aus-

¹²⁾ V. Sammlung handelsgerichtl. Entscheidungen in Bayern, Bd. II, pag. 67 und 68.

¹³⁾ Dieser Gedanke kehrt in zahlreichen Entscheidungen des Ober-Handelsgerichts wieder. Siehe z. B. R.O.H.G. IX, pag. 409.

drücklich ausgesprochen oder er geht aus besondern Umständen hervor (R. O. H. G. VIII, p. 236).

a) *Er wird ausdrücklich ausgesprochen*, indem sich die Contrahenten beim Vertragsabschluss des Zusatzes: „genau, fix, prompt, präcis“ und anderer gleichlautender Ausdrücke bedienen, oder indem sie im Falle der Nichterfüllung zur vereinbarten Zeit oder Frist dem Lieferungs-geschäft die sogenannte Erlöschungsclausel (Clausula cassatoria) hinzufügen. Diese Clausel, welche man in den Schlusszetteln und Engagementsbriefen oftmals erwähnt findet,¹⁴⁾ lautet z. B. fix am 15. Mai und ist am 16. Mai das Engagement erloschen, oder am 1. August Mittags 12 Uhr ist die gegenseitige Verbindlichkeit zu liefern erloschen. Eine solche Vereinbarung trägt ganz das Kleid eines Fixgeschäftes und unterscheidet sich bloss dadurch von demselben, dass sie nach der verabredeten Zeit eine Lieferung gar nicht mehr zulässt. Die Wirkung dieser Erlöschungsclausel besteht darin, dass dem nicht säumigen Contrahenten sogleich nach Ablauf der Lieferungszeit eine Klage auf Schadenersatz gewährt wird, ohne dem morosen Contrahenten irgend welche purgatio moræ zu gestatten; auch nicht, im Gegensatz zum Fixgeschäft, mit Willen des nichtsäumigen Contrahenten.

b) *Der Wille der Contrahenten, dass pünktlich und zur festgesetzten Zeit oder Frist und nicht später geliefert werde, kann aber auch, ohne ausdrücklich hervorgehoben zu sein, aus besondern Umständen hervorgehen.*¹⁵⁾ Diese besondern, eine solche Intention der Parteien ergebenden Umstände können bestehen in *der Qualität der Waare*, besonders darin, dass dieselbe *grossen Preisschwankungen* unterworfen ist und gerade desswegen sehr oft Gegenstand von Fixgeschäften zu sein pflegt.¹⁶⁾

¹⁴⁾ Früher noch weit mehr, als jetzt. Anschütz-Volderndorff, Commentar zu d. H.G.B. meint mit Recht desswegen, weil früher die juristische Natur des Fixgeschäftes namentlich in Bezug auf die Folgen des Verzugs viel bestrittener gewesen sei, als jetzt (seit der Einführung des H.G.B.)

¹⁵⁾ Meier in Busch Archiv V, pag. 43 und folgende hält dafür, dass bloss dann ein Fixgeschäft angenommen werden könne, wenn der gesetzliche Ausdruck „genau“ oder ein anderer gleichlautender beim Vertragsabschluss gebraucht worden sei. Zahlreiche gerichtliche Entscheidungen sprechen gegen eine solche strenge Interpretation.

¹⁶⁾ R.O.H.G. VIII, 235. XVI, pag. 292. Die Annalen des O.App.G. in Dresden VII, pag. 159 besagen: „es hat das O.Appell.Ger. auch solche Lieferungsgeschäfte, bei welchen für die Lieferung der Waare nur factisch und indirect nach der Beschaffenheit und dem Zwecke des Vertrages ein gewisser Zeitpunkt der Lieferung, als der von den Contrahenten beabsichtigte und stillschweigend fest und genau bedungene erschien, nach denselben Grundsätzen, wie die reinen Fixgeschäfte um so

Denn die stetige Veränderlichkeit der Curse, worauf nicht nur jede politische Constellation oder finanzielle Bewegung, sondern auch selbst jede grössere Privatspeculation unmittelbar einwirkt, in Folge dessen oft schon ein kleiner Zeitunterschied einen grossen Unterschied in dem börsenmässigen Werth erzeugt, hat einen bedeutenden Einfluss darauf, dass das Vertragsobject in der That durch Verspätung der Lieferung leicht einen ganz andern Werth repräsentirt und dass es daher den Parteien auf eine genaue Einhaltung der festbestimmten Zeit ankömmt. Solche Waaren sind die curshabenden Werthpapiere (Börseneffecten aller Art), ferner die verschiedenen Getreidearten, Oel, Spiritus etc. Doch genügt das Factum allein, dass der Kaufgegenstand fortwährenden Fluctuationen unterworfen ist, noch keineswegs zur Annahme, dass ein Fixgeschäft vorliege.¹⁷⁾

Die besondern Umstände können aber auch bestehen *in dem offensichtlichen, erkennbaren Zweck des Vertrages*, z. B. es ist ein Kaufgeschäft abgeschlossen über Wein, welcher für ein Volksfest oder Jahrmarkt bestimmt ist; es sind Waaren angekauft, welche ausschliesslich für die Ostermesse bestimmt sind; es sind Lampions angekauft für eine Illumination am Sedantage etc. Natürlich muss in einem solchen Falle ausser der festbestimmten Zeit die Intention der Parteien betreffs pünktlicher Vertragserfüllung klar ersichtlich sein und kommt es zum Prozesse, so muss von Seiten der ein Fixgeschäft behauptenden Partei diese Intention gehörig substantiirt werden, worauf der Richter ex officio sein strengstes Augenmerk zu richten hat, andernfalls er contra legem handelt. (R. O. H. G. XI p. 237.)

Aus besondern Umständen kann endlich auf pünktliche Einhaltung einer festbestimmten Zeit oder Frist geschlossen werden, wenn zur Lieferung *eine bestimmte Stunde, ein Glockenschlag* verabredet wurde.¹⁸⁾

unbedenklicher beurtheilt, als daraus mit Recht auf die Gewissheit des Vertragswillens geschlossen werden kann und es auf die blosse Form, in welcher letzterer oftmals zum Ausdruck kömmt, in der Regel nichts ankömmt.“

¹⁷⁾ R. O. H. G. VIII, 15. IX, 408. XVI, 292. Bei den zahlreichen Getreidelieferungsprozessen, die in den 60er Jahren in Mannheim vorkamen, suchte gewöhnlich derjenige Theil, dessen Lage durch das Vorhandensein eines Fixgeschäftes günstiger erschien, die Existenz eines solchen oft sehr künstlich nachzuweisen (z. B. dass die Waare [Getreide] grossen Preisschwankungen unterworfen sei), während der andere Contrahent dasselbe bestritt (Busch, Archiv für Theorie und Praxis des H. XVIII, pag. 317 und folgende. Brauer: „Fixgeschäft oder keines?“).

¹⁸⁾ Bnsch, Archiv N. F. I, pag. 6. Thöl Handelsrecht § 281.

Feste Zeitbestimmung und Wille der Contrahenten, dass pünktlich zur festgesetzten Zeit oder Frist die Waare geliefert werde, sind zwei absolute Erfordernisse des Fixgeschäftes. Nur wo diese beiden Momente vereint sich vorfinden, kann von einem Fixgeschäft gesprochen werden. Der Mangel eines derselben bewirkt, dass das Lieferungsgeschäft dem Geltungsbereiche des Artikel 357 entzogen wird. Liegt also Lieferungskauf vor, der hinsichtlich seiner Erfüllung zwar mit einer festen Zeitbestimmung abgeschlossen worden ist, bei welchem aber der Wille der beiden Contrahenten beim Vertragsabschluss sich nicht kundbar machte, dass pünktlich (gerade zu dieser Zeit oder innerhalb dieser Frist und zu keiner andern) geliefert werden könne, so ist keineswegs ein Fixgeschäft vorhanden.¹⁹⁾ Ebenso wenig kann ein Fixgeschäft darin erblickt werden, wenn zwar von Seiten der Contrahenten pünktliche Lieferung intendirt war, allein eine feste Zeitbestimmung im Sinne sub 1 fehlt. Z. B. Am Eröffnungstage der Schifffahrt genau lieferbar; „sofort zu liefern“ (R. O. H. G. II, p. 92); „genau von Woche zu Woche zu liefern“ (R. O. H. G. III, p. 273); „in der nächsten Woche“ (IX, p. 83); oder „Tag für Tag“ oder „die ersten Tage in der folgenden Woche“ (Centralorgan für Handelsrecht N. F. I, p. 281); oder „Lieferung im Februar in gleichen wöchentlichen Raten“ (Centralorgan für Handelsrecht N. F. I, p. 279)²⁰⁾; „zu liefern binnen kürzester Frist oder in kürzester Zeit“ (R. O. H. G. III, p. 287).

Das charakteristische Merkmal des Fixgeschäftes ist also die pünktliche Lieferung zur vereinbarten Zeit oder Frist. Von einer Erfüllung

¹⁹⁾ Seuffert, Archiv XIV, Nr. 122 besagt: dass selbst eine vertragsmässig fest und genau normirte Erfüllungszeit keineswegs darauf schliessen lasse, dass nach der Intention der Parteien jede spätere Lieferung unzulässig sei. — So erklärt es sich, dass das Ober-Handelsgericht in einigen Fällen, wo die Lieferungszeit oder Lieferungsfrist fest und genau bestimmt war, dennoch kein Fixgeschäft erblickte, eben weil es nicht in der Intention der Parteien lag, eine spätere Erfüllung auszuschliessen. In der Verabredung einer solchen, festbestimmten Lieferzeit (wie z. B. ultimo September) lag blos der Wille der Contrahenten vor, eine Zeitgrenze festzusetzen, bis zu welcher oder innerhalb welcher die Lieferung gewärtigt und angenommen werden musste und innerhalb welcher der Lieferant bei Vermeidung der generellen Folgen des Verzugs zu leisten hatte. Durch solche Zeitbestimmungen wird nur die Anwendung des Art. 326 des H.G.B. ausgeschlossen, nicht aber schon ein Fixgeschäft im Sinne des Art. 357 begründet. (Vergleiche auch Busch, Archiv für Theorie und Praxis des H.R. XVII, pag. 298).

²⁰⁾ Jedoch ist es höchst zweifelhaft: ob das Gericht, welches in dieser Vertragsbestimmung nicht ein Fixgeschäft erblickte, richtig entschieden habe. Wir würden unsererseits jenen Fall unbedenklich nach Art. 357 beurtheilt haben.

nach Ablauf dieser Zeit oder Frist kann streng genommen nicht mehr die Rede sein, weil eine rechtzeitige Lieferung wesentliche Eigenschaft der Vertragserfüllung ist. Diese strenge Consequenz, welche sich aus der Natur des Fixgeschäftes ziehen lässt, hat auch vor Einführung des H. G. B. vielfach die Praxis vieler deutscher Gerichte beherrscht. So sagt das Obertribunal in Berlin (Striethorst Archiv XV, pag. 460) in einer seiner Entscheidungen: „nur an dem verabredeten Lieferungstage kann sie [die Lieferung], soll sie dem Inhalt des Vertrages gemäss erfolgen, eine eigentliche Erfüllung des Geschäftes sein; eine spätere Erfüllung ist keine Erfüllung.“ Dem gleichen Ideengang folgt auch § 16 der deutschen Concursordnung, welcher im Falle des Concurses eines Fixverkäufers oder Fixkäufers überhaupt keine Erfüllung, sondern bloss eine Forderung wegen Nichterfüllung zulässt.²¹⁾ Bedenkt man nämlich, dass der Eintritt des Concurses die Fälligkeit aller betagten Forderungen (v. § 59 des Concursgesetzes) herbeiführt, folglich beim Fixgeschäft die Lieferungszeit auf den Eintritt des Concurses antedatirt wird, so ist eine nach Eintritt des Concurses erfolgende Erfüllung der Natur des Fixgeschäftes zuwiderlaufend.

Der Gesetzgeber des d. H. G. B. hat sich diese auf der Basis der strengen Logik ruhende Ansicht nicht angeeignet, aus Gründen, die, wie wir sehen werden, mehr auf Billigkeitsrücksichten zurückzuführen sind. Das H. G. B. lässt demnach auch beim Fixgeschäft nach Wahl des nicht morosen Contrahenten eine nachherige (spätere) Erfüllung zu.

Soviel über die begriffliche Eigenthümlichkeit [des Fixgeschäftes. Auf dessen juristische Folgen, welche nebenbei gesagt nur bei mora debitoris eine von den gewöhnlichen Lieferungskäufen abweichende Natur zeigen, in allen übrigen Fällen (wie mora creditoris, Uebergang des periculum etc.) keine Differenzen aufzuweisen haben, ist hier in diesem Paragraphen nicht der Ort näher einzutreten. Wir werden dies bei Erörterung der Voraussetzungen und Wirkungen des Verzuges thun. — Der Vollständigkeit halber weisen wir hier nur noch auf die Stellung des Fixgeschäftes zum Differenzgeschäft hin.

²¹⁾ § 16 der d. Concursordnung lautet: War die Lieferung von Waaren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben, genau zu einer festbestimmten Zeit oder Frist bedungen und tritt die Zeit oder der Ablauf der Frist erst nach Eröffnung des Verfahrens ein, so kann nicht Erfüllung verlangt, sondern nur eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden, etc. Vergl. auch Wengler Concursordnung p. 131.

Dem Fixgeschäft kann ein reines Differenzgeschäft unterliegen, d. h. ein solches Geschäft, bei welchem eine Quantität Waaren, deren Preis und eine Zeit festgesetzt wird und die Contrahenten versprechen, dass, nachdem die Veränderung des Preises (Curses) nach dieser Zeit die eine oder andere Richtung (Sinken oder Steigen) genommen haben sollte, der eine oder der andere die Differenz des Preises von dem Contrahenten ausgezahlt erhalten sollte. (Thöl. H. § 307.)

Auf diese Art von Geschäften wird diese Abhandlung keinen Bezug nehmen, wie denn überhaupt reine Differenzgeschäfte u. E. sich nicht unter Art. 357 bringen lassen. Das H. G. B. hat zwar specielle Verbotsbestimmungen bezüglich der Differenzgeschäfte vermieden, es auch nicht für thunlich erachtet, den Begriff des Speculationsgeschäftes besonders zu definiren. Dass man dadurch dem Differenzgeschäft die gesetzliche Sanction nicht hat ertheilen wollen, vielmehr von der Ansicht ausgegangen ist, demselben entgegenzuarbeiten, ist sowohl aus den Verhandlungen der Nürnbergerconferenz, (Protocolle p. 672, 1391, 4593), als auch aus den gesetzlichen Bestimmungen zur Genüge zu ersehen. Die Ausdrucksweise des Gesetzes „liefern“ gibt klar zu erkennen, dass es wirkliche Lieferungsgeschäfte, also nicht blosse Differenzgeschäfte (R. O. H. G. VI, p. 223 und folgende) treffen wollte.

Entstehen Zweifel darüber, ob ein reelles Fixgeschäft oder nur ein Differenzgeschäft verabredet worden sei, so bedarf es mindestens des Nachweises, dass das Fixgeschäft nur zum Scheine abgeschlossen (nur simulirt) sei; dass dagegen vereinbart wurde, es sei die Differenz zwischen dem verabredeten Preise und dem Preise des Stichtages hinauszuzahlen und zwar vom Lieferer an den Bezieher, wenn der Preis gestiegen und umgekehrt von dem Bezieher an den Lieferer, wenn der Preis gefallen ist.

II.

§ 2. Die Begründung des Verzugs bei den Fixgeschäften.

Wenn wir im Folgenden auf eine Darstellung der Begründung des Verzugs eintreten, so ist von vornherein zu bemerken, dass gemäss unserer Aufgabe nur auf denjenigen Verzug Rücksicht zu nehmen ist, bei welchem die Contrahenten als Schuldner erscheinen. Bekanntlich

ist bei den Fixgeschäften, wie überhaupt bei allen Kaufgeschäften, hinsichtlich des Verzugs die Unterscheidung zu treffen zwischen dem Verzuge der Contrahenten, insofern sie als Gläubiger, und zwischen demjenigen, insofern sie als Schuldner erscheinen. Im ersten Falle liegt von Seiten des Verkäufers ein Verzug vor in der Annahme des Kaufpreises und auf Seiten des Käufers ein Verzug in der Empfangnahme der Waare; im letztern Falle jedoch haben wir es auf Seiten des Verkäufers mit einem Verzuge in der Uebergabe der Waare und auf Seiten des Käufers mit einem Verzuge in der Bezahlung des Kaufpreises zu thun. Dass wir uns nur mit der letztern Art des Verzuges (wenn die Contrahenten Schuldner sind) beschäftigen, hat nicht sowohl seinen Grund darin, dass die Unterlassung der rechtzeitigen Erfüllung der Kaufverträge seitens des Verkäufers durch Säumniss in Uebergabe der Waare und seitens des Käufers in Bezahlung des Kaufpreises zur bestimmten Zeit zweifelsohne die wichtigsten und häufigsten Störungen des Handels- und Rechtsverkehres bilden, als besonders darin, dass der Verzug in der Empfangnahme der Waare und Annahme des Kaufpreises in keinerlei Weise spezifisch bloss für die Fixgeschäfte in Betracht kommende Momente aufzuweisen hat.

Wann und auf welche Weise wird nun bei den Fixgeschäften der Verzug in Uebergabe des Kaufgegenstandes und der Bezahlung des Kaufpreises begründet?

Während das H. G. B. sowohl für Handelsgeschäfte überhaupt (Art. 287—289), als insbesondere für den Kauf (Art. 343. 354—359), die Commission (Art. 375) und die Handelsgesellschaften (Art. 95. 220) Bestimmungen über die Wirkungen der Mora getroffen hat, so existiren über den Eintritt des Verzuges gar keine Vorschriften. Die Frage, wann bei Kauf- und Lieferungsgeschäften (Fixgeschäften) der einseitige Verzug eintrete, ist zwar bei der Abfassung des H. G. B. nicht gänzlich unberührt geblieben. In dritter Lesung des Entwurfs wurde ein Zusatzparagraph folgenden Inhalts beantragt: „Wenn zur Erfüllung einer Verbindlichkeit eine Frist oder ein Zeitpunkt festbestimmt wurde, so befindet sich der Schuldner im Verzuge, sobald die Frist oder der Zeitpunkt abgelaufen ist, ohne dass er erfüllt hat. Wurde eine solche Zeitbestimmung nicht getroffen, so wird der Schuldner erst dadurch in Verzug gesetzt, dass er zur Erfüllung aufgefordert wurde. Diese Aufforderung muss mittelst einer öffentlichen Urkunde (Protest) geschehen. Jeder Contrahent ist berechtigt, den Verzug des andern in solcher Weise auf dessen Kosten feststellen zu lassen.“ Als Motiv zu diesem Antrage

wurde angeführt, dass, nachdem im H. G. B. in so ausführlicher Weise der Wirkungen des Verzuges Erwähnung gethan sei, auch eine Bestimmung darüber wünschenswerth sei, unter welchen Voraussetzungen der Schuldner als im Verzuge befindlich angesehen werden solle (Protocolle 4604). Dieser Antrag wurde abgelehnt und zwar desshalb, weil eine allgemeine Regelung der Voraussetzungen des Verzugs an der Verschiedenheit der bürgerl. Gesetzgebungen scheitern und zu unaufhörlichen Verwicklungen führen würde.

Es kommen demgemäss nach Art. 1 des H. G. B., soweit nicht Handelsgebräuche bestehen, die allgemeinen Grundsätze des bürgerl. Rechts über den Eintritt des Verzugs zur Anwendung. Da wir keineswegs auf die Spezialbestimmungen der einzelnen Civilgesetzbücher Deutschlands einzutreten gedenken und nur vorübergehend auf das bürgerliche Gesetzbuch Sachsens, das preussische Landrecht und österreichische bürgerliche Gesetzbuch Bezug nehmen werden, so sollen hier betreffs Begründung des Verzugs in Uebergabe der Waare und Bezahlung des Kaufpreises nur kurz die Grundsätze des gemeinen Rechts betreffs der Kaufgeschäfte überhaupt Berücksichtigung finden, welche nebenbei gesagt von den meisten Gesetzgebungen Deutschlands recipirt worden sind und mit kleinern oder grössern Modificationen auch beim heutigen Fixgeschäfte gelten.

An die Spitze ist das Princip zu stellen: beim Fixgeschäft wird der Verzug in Uebergabe der Waare und Bezahlung des Kaufpreises durch die Thatsache der verschuldeten Nichterfüllung zur bestimmten Lieferungszeit oder Lieferungsfrist herbeigeführt.

In diesen wesentlichen Momenten zur Begründung der Mora debitoris (Fälligkeit der Leistung und verschuldete Nichterfüllung) liegt ausgesprochen:

a) Die bekannte Controverse des gemeinen Rechts, ob und in wie weit der Verfalltag mahne oder nicht, ist in Betreff des Fixgeschäftes erledigt. Der Satz: „Dies interpellat pro homine“ gilt beim Fixgeschäft unbedingt¹⁾. Diese Bestimmung findet ihre gerechte Begründung in der

¹⁾ So auch das sächsische bürgerl. Gesetzbuch § 736; Preuss. Landrecht I. 16, § 27; Zürcherisches Gesetzbuch § 957. Diese bringen jedoch den citirten Satz: „Dies interpellat pro homine“ bei allen Kaufgeschäften, welche mit einer festbestimmten Zeit versehen sind, zur Anwendung, also nicht bloss bei Fixgeschäften. Von den Commentatoren des d. H. G. B. wollen die Einen den angeführten Satz bloss für die Fixgeschäfte, die Andern ihn in einer weitem Ausdehnung wie die oben genannten Gesetzbücher angewendet wissen.

Erwägung, dass bei den Fixgeschäften in der Festsetzung eines genau und festbestimmten Zeitpunktes für die Erfüllung eine viel strengere Auffassung Platz greift, als bei den gewöhnlichen Lieferungsgeschäften, bei welchen die pünktliche Einhaltung der festbestimmten Frist keineswegs ein so wichtiges Essentiale des Vertrages bildet, wie bei den Fixgeschäften. Diesen letztern ist die pünktliche Einhaltung der vereinbarten Lieferzeit inhärent. Der Schuldner weiss, dass er zu dieser und keiner andern Zeit erfüllen muss. Erfüllt er nicht, so wird er in Verzug gesetzt, wozu es nicht noch einer besondern Mahnung bedürftig.

b) Stellen wir uns auf den Standpunkt des heutigen gemeinen Rechts, wonach ein rechtlich bedeutsamer Verzug nur im Falle der Culpa debitoris eintritt²⁾, so ist jene Unterscheidung des gemeinen Rechts zwischen verschuldeter Verzögerung (subjective Mora, Mora im technischen Sinn) und unverschuldeter Verzögerung (objective Mora) u. E. auch für das Fixgeschäft zutreffend; allein, fügen wir gleich bei, lange nicht von der Bedeutung, wie bei den gewöhnlichen Lieferungsgeschäften.

In allen jenen Fällen, in welchen der Debitor wegen Unkenntniss der Existenz der Verbindlichkeit, der Person des Gläubigers oder wegen Naturalia impedimenta eine rechtzeitige Leistung gar nicht vornimmt, wird zwar von Mora im technischen Sinn des Wortes ebensowenig bei Fixgeschäften, wie bei andern Lieferungskäufen die Rede sein³⁾. Allein

²⁾ Brinz Pandecten II, p. 291. „Ein Punkt ist es, wesswegen wir die Mora solvendi immer als etwas Schuldhaftes denken müssen, der: dass die Verschuldung, welche der Schuldner dem Gläubiger durch seine Zögerung zufügt, weder ausserhalb seiner Willenssphäre, noch als objective Unmöglichkeit ausser der allgemein menschlichen Willenssphäre gelegen sein darf.“ Dies ist auch die herrschende Meinung, welche sich entschieden dahin ausspricht, dass die Mora solvendi zur Erzielung ihrer eigenthümlichen Wirkungen und Folgen Verschuldung in der Person des Schuldners voraussetzt. Diese Verschuldung existirt nach ihr dann:

- a) wenn der Debitor um seine Verbindlichkeit wusste oder hätte wissen müssen;
- b) er, trotzdem er gemahnt war und trotzdem die Möglichkeit zur Leistung vorhanden war oder hätte vorhanden sein müssen, dennoch mit der Leistung gezögert hat. So Vangerow III, § 588 (6.); Puchta Vorlesungen II, p. 96. Mommsen Beiträge z. Obligat. III, p. 68—71. Arndt's Pandecten § 251.

Nach der Meinung einer nicht unbedeutenden und namentlich in der Neuzeit sich mehrenden Anzahl von Juristen setzt die Mora keineswegs eine Culpa des Schuldners voraus. Namentlich hat Julius v. Waldberg (Die Mora debitoris in ihrer Beziehung zur Culpa) mit nicht geringem Erfolge eine Widerlegung jener gemeinrechtlichen Lehre versucht. Ebenso Kniep (Die Mora des Schuldners nach heutigem und röm. Rechte); sowie Manns (Die Mora, 1879).

³⁾ Striethorst Archiv LXXIII, p. 311.

während bei den letztern die *Unterscheidung* zwischen verschuldeter und unverschuldeter Verzögerung immerhin von der Tragweite ist, dass die verschuldete Verzögerung dem Säumigen das Recht der Nachlieferung — auch gegen den Willen des Nichtsäumigen — nicht entzieht (Art. 356), so ist dieser Unterschied bei den Fixgeschäften in dieser Hinsicht völlig bedeutungslos. Die verschuldete wie die unverschuldete Verzögerung gewährt hier dem Säumigen kein Recht zur Nachlieferung. Ja oftmals verwandelt sich jenes Recht zur Nachlieferung, welches bezüglich der Nichtfixgeschäfte besteht, bei den Fixgeschäften sogar in eine Verpflichtung zur Nachlieferung, nämlich dann, wenn der nicht säumige Contrahent gleich nach Eintritt des Verzuges das Wahlrecht der Naturalerfüllung nebst Schadenersatz fordert (Art. 357, Abs. 1). „Das ist ein Hauptvorthail des Fixgeschäftes“ sagt daher Endemann (Handelsrecht, p. 536, Note 19), „dass die Untersuchung ob Verschulden oder nicht, ob Recht zur Nachlieferung oder nicht, worin grosse Unsicherheit herrschte, abgeschnitten ist.“

Aber auch aus einem andern Grunde vermag die Unterscheidung zwischen verschuldeter und unverschuldeter Verzögerung bei Fixgeschäften kein so hohes Interesse zu bieten, wie bei Nichtfixgeschäften.

Bekanntlich ist die pünktliche Einhaltung der festbestimmten Zeit das wesentlichste Erforderniss beim Fixgeschäft. Wenn nun bei Eintritt des Stichtages aus Verschulden nicht erfüllt wird, so versteht es sich von selbst, dass für den nicht säumigen Theil das dreifache Wahlrecht begründet, somit auch ein Rücktrittsrecht statuirt wird [Art. 354 und 355]. Allein auch dann, wenn keine Culpa debitoris vorliegt, muss im Falle nicht rechtzeitiger Erfüllung dem Gläubiger das Rücktrittsrecht bedingungslos zugestanden werden, sobald nur das Vorhandensein eines Fixgeschäftes constatirt ist. Dies erfordert sowohl *die juristische Consequenz*, als auch *die Aequitas*. Die Lieferung (Erfüllung) beim Fixgeschäft ist immer auf den Ablauf eines fest und genau bestimmten Tages oder einer fest und genau bestimmten Frist gesetzt. Sie (die pünktliche Lieferung) ist dem Fixgeschäft inhärend. Der Fixverkäufer wie der Fixkäufer hat das grösste Interesse daran, dass an der rechtmässig festgesetzten Zeit die Leistung vorgenommen werde. Er will bei Eintritt dieser Zeit befriedigt sein. Wird er es nicht, so ist sein Interesse an der Leistung gemindert. Er braucht sich dieselbe hinterher nicht mehr gefallen zu lassen. Der Satz, dass der nicht säumige Contrahent unter allen Umständen berechtigt sein muss, bei Nichterfüllung zur vertragsmässig festgesetzten Zeit vom Vertrage zurück-

zutreten, gilt hier unbedingt. Ob Culpa oder Nichtculpa als Grund der Nichterfüllung vorliegt, ist hier ganz gleichgültig.

Aber auch die Aequitas beansprucht bei Nichterfüllung zur vereinbarten Zeit für das Fixgeschäft ein Rücktrittsrecht unter allen Umständen. Nehmen wir z. B. an: A habe für das bevorstehende Sedanfest Lampions und Feuerwerk bestellt. In verbrecherischer Absicht wird dem Feuerwerker kurz vor Eintritt des Festes das Laboratorium angezündet. Es wird ihm unmöglich, das bestellte Feuerwerk zu liefern. Soll nun in diesem Falle A etwa verpflichtet sein, weil der Feuerwerker den Auftrag zur rechten Zeit, aber ohne sein Verschulden nicht ausführen konnte, ein oder zwei Tage später nach dem Festtage das Feuerwerk anzunehmen, zu einer Zeit, wo er dasselbe gar nicht mehr verwenden kann? Mit a. W. soll der Unfall (casus), welcher dem Feuerwerker passierte, auf Conto des A gesetzt werden? Man wird hier einwenden: in solchen eclatanten Fällen würde auch das gemeine Recht ohne Vorliegen eines Fixgeschäftes das Rücktrittsrecht gestatten. Gut. Aber die Fälle des Fixgeschäftes sind ja *alle derart beschaffen*, dass eine spätere als die vereinbarte Erfüllung keine Erfüllung ist; folglich muss hier ein Rücktrittsrecht, mag nun der Fall so oder anders liegen, statuiert werden.

Zwar hat dieses bloss auf nicht rechtzeitiger Erfüllung eines Fixgeschäftes basirende Rücktrittsrecht im H. G. B. keine ausdrückliche Anerkennung gefunden, indem ja Art. 354 und 355 bloss bei mora im t. S., folglich verschuldeter nicht rechtzeitiger Erfüllung ein Rücktrittsrecht statuieren; allein es unterliegt keinem Zweifel, dass es der Natur des Fixgeschäftes zuwider handeln hiesse, wenn das Rücktrittsrecht bei demselben bloss auf der engen Basis der verschuldeten, nicht rechtzeitigen Erfüllung ruhen würde.

Wie ganz anders verhält sich dies bei den Nichtfixgeschäften! Hier ist die Unterscheidung zwischen verschuldeter und unverschuldeter Verzögerung das Rücktrittsrecht betreffend sehr wohl am Platze. Liegt culpa debitoris vor, so wird zwar hier nach Art. 354 und 355 neben den zwei andern Wahlrechten das Rücktrittsrecht statuiert, allein nicht bedingungslos, wie beim Fixgeschäft, sondern in Art. 356 dasselbe von einer vorherigen Anzeige, Fristablauf etc. abhängig gemacht. Hat aber der Schuldner nicht culpose die Lieferung verzögert, so ist nach den Grundsätzen des g. R. wohl zu beachten, ob die Verzögerung bloss eine zeitweilige oder aber (z. B. wegen gänzlichen Untergangs der Sache) eine perpetuelle sei. Im ersten

Falle dauert die Verbindlichkeit nach wie vor fort; dem Gläubiger fehlt jenes Interesse, welches er im Falle eines Fixgeschäftes hat, nämlich dass die Lieferung gerade zu dieser Zeit und keiner andern von Seiten des Schuldners vorgenommen werde. Das Zeitmoment bildet hier kein Essentiale, wie beim Fixgeschäft, sondern hat nur den Zweck, zu verhindern, dass die Erfüllung der Verbindlichkeit nicht *zu jeder Zeit gefordert und geleistet* werden kann. Mit vollem Rechte hat daher bei einem Nichtfixgeschäfte eine verschuldete, nicht rechtzeitige Lieferung nicht die Wirkung, dass der Gläubiger nach Eintritt des Lieferungstages von dem Vertrage zurücktreten kann. — Ist jedoch die unverschuldete Verzögerung eine perpetuelle, so ist die Verbindlichkeit ipso jure aufgehoben.

Wir sehen: die Frage ob Culpa oder Nichtculpa hat beim Fixgeschäft sehr viel von ihrer Bedeutung eingebüsst. Wenn aber oben gesagt worden ist, dass die Unterscheidung zwischen verschuldeter und unverschuldeter Verzögerung auch beim Fixgeschäft zutreffend sei, so gilt dies rücksichtlich der Schadenersatzpflicht. Culpose Verzögerung wird zu jeder Zeit ein Schadenersatzrecht zu begründen vermögen, während auf Grund der unverschuldeten Verzögerung eine Interessseforderung nicht statuiert werden kann⁴⁾. Es ist dies die Lehre des heutigen g. R.; sie erleidet für den Verzug bei allen Kaufgeschäften ohne Ausnahme Anwendung.

In einer Beziehung jedoch hat auch hier der Handelsverkehr für das Fixgeschäft andere, vom Nichtfixgeschäft abweichende Regeln geschaffen. Nicht selten wird nämlich der Fall eintreten, dass es überhaupt zweifelhaft ist, ob Verschulden oder ein Casus Grund der nicht rechtzeitigen Erfüllung ist. In solchen Fällen wird dann *das Factum der nicht pünktlich erfolgten Erfüllung als für die Schadenersatzpflicht entscheidend angesehen*, m. a. W die fixe Zeitbestimmung

⁴⁾ Diesen Satz, welcher vom g. R. hinsichtlich des Verzuges bis auf den heutigen Tag festgehalten wird, wollen wir aber keineswegs auf alle Fälle der Verschuldung resp. Nichtverschuldung ausgedehnt wissen. Jenes Princip, welches lange Zeit als das oberste Postulat der Wissenschaft galt: „ohne Verschulden keine Ersatzpflicht“, ist in der heutigen Rechtsentwicklung vielfach durchlöchert worden. Wir erinnern nur an die für den Fabrik-, Eisenbahn- und Bergwerksbetrieb einerseits und für die Beschädigung willenloser Personen anderseits erlassenen Gesetzesbestimmungen, welche eine Ersatzpflicht sine culpa voll und ganz gewähren (Vergl. auch die Verhandlung des österreich. Advocatentages in Salzburg 1880. Jurist. Ztg. f. Oesterreich 1880.

suppliert hier den Zweifel dadurch, dass sie die sonst nur an eine bestimmt vorliegende Culpa geknüpften Folgen eintreten lässt⁵⁾.

In Beziehung auf Vorhandensein von Culpa oder Nichtculpa hat der Entwurf zu einem Bundesgesetze über schweizerisches Obligationenrecht (Beschlüsse der Redactionscommission Januar und März 1878) u. E. richtige Bestimmungen getroffen. Er hält an dem Princip der subjectiven und objectiven Mora fest (Art. 19), reservirt aber im Falle eines Fixgeschäftes in Art. 124 bei Nichterfüllung des Vertrages zur bestimmten Zeit, dem Gläubiger ohne Weiteres ein Rücktrittsrecht, unangesehen ob Culpa vorliege oder nicht. In Art. 125 findet dann die subjective Verschuldung des Schuldners volle Berücksichtigung. Art. 125 lautet: In den Fällen der Art. 123 und 124 kann der vom Vertrag Zurücktretende das etwa von seiner Seite Geleistete zurückfordern und überdies, wenn ein Verschulden des Schuldners nachgewiesen wird, Schadenersatz verlangen. Freilich in einer andern Beziehung kann diese Bestimmung des eidgen. Entwurfes nicht wohl unangefochten bleiben (Vide § 5 γ.).

Wenn man nun auch zugibt, dass die Culpa beim Fixgeschäft bloss hinsichtlich des Schadenersatzrechtes eine besondere Wirkung auszuüben vermag, so ist doch anderseits wohl zu beachten, dass der Beweis dieser Verschuldung nicht den Beschädigten trifft, sondern dass vielmehr der Beschädiger die Beweislast der Nichtschuld zu tragen hat (v. z. B. § 1298 d. öst. b. G. B.), und dass ferner der Verkäufer, wenn das Geschäft auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, in Betreff der Erfüllung die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes anwenden muss (Art. 282 H. G. B.). Es vermag daher die Unmöglichkeit der Vertragserfüllung oder die Unmöglichkeit der rechtzeitigen Vertragserfüllung den Verkäufer nicht von seiner Haftung für Schadenersatz zu entlasten, wenn er diese Unmöglichkeit durch Versäumung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns herbeigeführt hat (R. O. H. G. IV. p. 164). So kann z. B. der Verkäufer die Störung, welche durch Brand oder in Folge von Wassermangel im Betriebe seines Etablissements herbeigeführt worden, nur dann als Entschuldigungsgrund geltend machen, wenn die betreffende Waare *nur in diesem* Etablissement

⁵⁾ Vergl. Goldschmidt Zeitschrift f. Handelsrecht N. F. X, p. 309. Hier heisst es: „Der Handelsverkehr sucht desshalb (Endemann p. 483) soweit es möglich ist, die in der Praxis oft schwer zu entscheidende Frage: ob ein Verschulden oder ein nicht zu vertretender Zufall vorliegt, dadurch abzuschneiden, dass er die Thatsache der nicht rechtzeitig erfolgten Erfüllung für entscheidend ansieht.“

producirt werden kann, oder die Production *dasselbst* Vertragsbestimmung war (R.O.H.G. V, 401, IX. 123—125).

Ob für die Begründung eines rechtlich relevanten Verzugs ausser der Thatsache der Fälligkeit und verschuldeter Nichterfüllung zur bestimmten Lieferungszeit auch noch auf Seiten des nicht säumigen Contrahenten das Requisit des thatsächlichen Anerbietens (Realoblation) erforderlich sei, ist in der gemeinrechtlichen Theorie sehr controvers⁶⁾ und auch in den meisten Civilgesetzbüchern Deutschlands entweder gar nicht berührt oder doch nicht in einem befriedigenden Sinne entschieden.

Im preussischen Entwurfe, welcher bei der Abfassung des a. d. H. G. B. zur Grundlage gedient hat, war in Art. 273 das wirkliche (thatsächliche) Anerbieten als Voraussetzung für den Eintritt eines den nicht säumigen Contrahenten berechtigenden Verzugs erwähnt. Diese Bestimmung hat nun allerdings im d. H. G. B. keine Aufnahme gefunden und man könnte desswegen versucht sein anzunehmen, dass im Sinne des H. G. B. kein thatsächliches Anerbieten, sondern nur eine mündliche Bereitwilligkeitserklärung (Verbaloblation) zur Begründung des Verzuges gehöre. Anderseits aber sprechen die Gründe, welche die Conferenzprotocolle (pag. 676, 1405) gegen die ausdrückliche Erwähnung der Realoblation enthalten, keineswegs dafür, dass ein solches reales Anerbieten als Erforderniss eines rechtlich relevanten Verzugs für alle Fälle schlechthin habe ausgeschlossen werden sollen. Da sich Stimmen erhoben, welche aus dieser Berathung Capital sowohl für Realoblation, als für die Verbaloblation schlagen wollten, so mögen die Verhandlungen kurz mitgetheilt werden:

In der betreffenden Sitzung wurde bei der Discussion über Art. 272—274 des preussischen Entwurfs erwogen, ob ein Bedürfniss bestehe, für die Lieferungsgeschäfte besondere Bestimmungen zu treffen, und dabei kam das wirkliche (reale) Anerbieten eigentlich nur insoweit zur Sprache, als damit nach der Meinung der Einen der Eingehung blosser Differenzgeschäfte, welche man weder anerkennen, noch begünstigen wollte, vorgebeugt werden würde. Gegen diese Ansicht wurde

⁶⁾ Busch Archiv III, p. 323. Voigtel: (Natur und Begründung des Verzuges in den Fällen der Art. 354—359), welcher übrigens das Erforderniss der Real- oder Verbaloblation hauptsächlich im Falle der Mora accipiendi in Betracht zieht. Ferner Busch Archiv II, 415.

nach den Protocollen (pag. 676) der Einwand erhoben, dass die Verbindlichkeit zum thatsächlichen Anerbieten auf der einen Seite denjenigen sehr benachtheilige, welcher es auf ein reales Geschäft abgesehen habe, weil es für diesen unter Umständen sehr lästig sein könnte, eine grosse Partie Waaren vor das Haus des andern Contrahenten fahren zu müssen, obschon er wisse, dass dieser sie gar nicht annehmen werde; dass dieselbe (scilicet: die Verbindlichkeit zur Realoblation) auf der andern Seite namentlich bei Lieferung von Creditpapieren sehr leicht umgangen werden könnte. Ungeachtet dieses Einwandes wurde in dem auf Grund der Beschlüsse erster Lesung redigirten Entwurfe (Art. 302) die thatsächliche Bereitschaft zur Erfüllung noch als die Voraussetzung angeführt, unter welcher bei Fixgeschäften ein rechtlich relevanter Verzug begründet werde (Protocolle Beilageband pag. 196). In zweiter Lesung wurde dieser Zusatz, über dessen practische Bedeutung sich ganz entgegengesetzte Ansichten kundgaben, abermals besprochen und schliesslich in dritter Lesung (Protocolle 1405, Beilageband pag. 266) gänzlich bei Seite gelassen.

Auf Grund der angeführten Verhandlungen anzunehmen, dass eine Realoblation überhaupt nicht erforderlich sei, wie Auerbach (das neue Handelsgesetz II. Abthlg. pag. 93) es thut,⁷⁾ scheint uns der juristischen Begründung zu entbehren, abgesehen davon, dass alles Material, welches wie Motive des Gesetzes, Kammerverhandlungen, Gesetzesentwürfe nur erkennen lassen, was der Urheber des Gesetzesentwurfs mit den Gesetzesworten sagen wollte, im Falle der Discrepanz des Gesagten mit dem Gewollten aber für die Auslegung gar keinen Werth haben, im Falle der Uebereinstimmung ganz genau denselben, wie jede andere wissenschaftliche Arbeit.

Die Frage, ob bei dem Fixgeschäfte zur Begründung einer Mora im t. S. Realoblation erforderlich sei, ist u. E. weder schlechthin zu bejahen, noch zu verneinen. Die Motive, welche uns bestimmen könnten, eher noch, im Gegensatz zu Auerbach, an dem Requisit der Realoblation festzuhalten, liegen besonders darin, dass ohne das rechtzeitige thatsächliche Anerbieten der Leistung, die Präsumption eines unerlaubten Differenzgeschäftes einzutreten hätte, dessen Begünstigung in der Nürnbergerconferenz ganz und gar nicht gewünscht wurde. Auch lässt sich durchaus nicht verkennen, dass das H. G. B., wenn es dem nicht

⁷⁾ Der Ansicht von Auerbach huldigen: Annalen des Ober-Appellationsgerichts in Dresden V, p. 230. Zeitschrift f. Rechtspflege XVIII, p. 498; XIX, p. 218; XXIII, p. 532.

säumigen Verkäufer das Selbsthülfeverkaufsrecht gibt (Art. 354) von der Voraussetzung ausgeht, dass derselbe im Stande gewesen sei, thatsächlich zu erfüllen. Ebenso weist Art. 358 darauf hin, dass der nicht säumige Contrahent, um einen rechtlich relevanten Verzug zu begründen, viel sicherer gehe, wenn er es an der blossen Thatsache der Nichterfüllung sich nicht genügen, sondern auch noch den Verzug des andern Contrahenten durch den Protest constatiren lasse. Dieser Protest aber wird von der zuständigen Behörde gewiss nur in denjenigen Fällen ausgestellt, in welchen nachgewiesen wird, dass von Seiten des zur Mitwirkung verpflichteten Gläubigers Alles gethan wurde, um eine rechtzeitige Erfüllung zu ermöglichen. Allein diese Gründe sind keineswegs stichhaltig, um für alle Fälle das Princip der Realoblation anzunehmen.

Das Essentiale bei dieser Realoblation wird darin zu suchen sein, dass dem Angebot der Leistung die letztere selbst unmittelbar und dergestalt nachfolgen kann, dass es nur noch von dem Willen des Schuldners abhängt, die Uebergabe resp. die Bezahlung sofort folgen zu lassen, es genügt also keineswegs, die mündliche Erklärung leisten zu wollen, sondern es muss auch der Erklärende die zur Ausführung dieser Offerte nöthigen Vorbereitungen getroffen, er muss das, was er zu leisten verbunden, dergestalt in Bereitschaft haben, dass er sogleich vertragsmässig erfüllen kann.

Prof. Kohler hat in v. Iherings Jahrbüchern f. Dogmatik des heutigen g. Rechts B. XVII (Annahme und Annahmeverzug) nachgewiesen, dass es nicht bei allen Obligationen zur Erfüllung neben der Thätigkeit des Schuldners auch noch einer Beihülfe des Gläubigers bedürfe, dass aber in den meisten Fällen und gerade in denjenigen, bei welchen es sich um eine Ueberführung eines Gegenstandes in das Vermögen eines Andern handle, zur Erfüllung einer Obligation der Mitwirkung des Gläubigers bedürfe. Bei denjenigen Obligationen — und zu diesen gehört eben auch unser Fixgeschäft — bei welchen neben der Thätigkeit des Schuldners eine Mitwirkung des Gläubigers zur Erfüllung nöthig ist, wird die Erfüllung bloss dann perfect, wenn von Seiten sowohl des Schuldners die Thätigkeit, wie von Seiten des Gläubigers die Mitwirkung nicht versagt wird. Wird also der Schuldner nicht thätig, d. h. er leistet nicht, so ist ebensowenig an eine Erfüllung zu denken, wenn auch der Gläubiger seinerseits bei der Erfüllung thätig (mitwirkend) sich benimmt (z. B. er trifft Vorkehrungen um die Waare in Empfang zu nehmen), wie dann von keiner Erfüllung gesprochen werden kann, wenn zwar der Schuldner Alles von ihm Er-

forderliche zur Erfüllung thut, aber ihm hiebei der Gläubiger seine Mitwirkung versagt. Im erstern Falle sprechen wir von einem Leistungsverzug des Schuldners, im letztern von einem Annahmeverzug des Gläubigers. Nur mit erstem haben wir uns zu beschäftigen.

Dieser Leistungsverzug setzt also einerseits ein Fehlen der Thätigkeit des Schuldners und anderseits die Mitwirkung des Gläubigers (des Fixkäufers oder Fixverkäufers) voraus. Fehlt letztere, so kann der Gläubiger unmöglich gegen den säumigen Schuldner mit einer Klage durchdringen; denn dieser würde unfehlbar und auch mit Recht die Einrede erheben: es sei ihm erst dann möglich die Erfüllung der Obligation zu bewirken, wenn der Gläubiger es an der nöthigen Mitwirkung nicht fehlen lasse. Würde nun die *Mora debitoris*, um den Character der Relevanz zu erhalten, unter allen Umständen eine tatsächliche Bereitschaft seitens des Gläubigers erfordern, so müsste die Mitwirkung des Letztern immer auch das realiter offerre in sich begreifen. Nun aber ist in dieser „Mitwirkung“ des Gläubigers oftmals, wie wir sehen werden, eine Realofferte überhaupt nicht enthalten, und dies ist auch der Grund, wesswegen wir die Frage der Realoblation nicht schlechthin bejahen und auch nicht verneinen wollten.

Die Mitwirkung gestaltet sich nämlich sehr verschieden, je nach der Art und Weise, wie von den Parteien die Erfüllung des Fixgeschäftes vereinbart wird.

Ist Pränumerationskauf verabredet, so verlangt ein rechtlich bedeutsamer Zahlungsverzug des Käufers allerdings die Mitwirkung des Gläubigers insofern, als dieser die Zahlung entgegennehmen soll; allein, dass der Verkäufer überdies die verkaufte Waare am Zahlungstage in Bereitschaft habe, ist keineswegs erforderlich. Denn darin besteht ja eben die eigenthümliche Natur des Pränumerationskaufes, dass der Verkäufer die Zahlung fordern kann, ohne seinerseits zugleich die Gegenleistung zu machen. Ebenso verhält es sich *mutatis mutandis* beim Pränumerationskaufe mit dem Verzuge in Uebergabe der Waare. Der Käufer, welcher pränumerando gezahlt hat, muss freilich Vorkehrungen treffen, um die später erfolgende Uebergabe der Waare entgegenzunehmen, aber *rem scil. pecuniam offerre* ist er schon aus dem Grunde nicht gehalten, weil er sich seinerseits bereits von dieser Verbindlichkeit befreit hat.

Ist Creditkauf verabredet, so bedarf es zur *Mora solvendi* des Verkäufers, dass der Käufer bereit gewesen war, die Waare in Empfang zu nehmen, aber ebenso wenig der thatsächlichen Bereitschaft hinsichtlich des Kaufpreises (denn dieser ist ja creditirt), wie es zum Verzug

des Käufers der Realoblation der Waare bedarf (denn diese ist ja bereits geleistet).

Ist weder Pränumerations- noch Creditkauf verabredet, so gilt nach Art. 342 Abs. 3 H. G. B. ein Zug um Zugkauf als vereinbart. In diesem Falle freilich erfordert ein Verzug des Käufers, wie der Verzug des Verkäufers, dass in der Mitwirkung des Gläubigers die Realoblation enthalten sei. Leistet daher der Verkäufer nicht, obgleich der Käufer bereit war, die Waare entgegenzunehmen, so genügt dieses Factum noch keineswegs, um eine Mora solvendi im technischen Sinn zu begründen, sondern der Käufer muss seinerseits auch wirklich zur Zahlung gegen Uebergabe der Waare bereit sein. Umgekehrt soll der Verkäufer nicht bloß Anstalten treffen, um das pretium in Empfang zu nehmen, sondern auch realiter die Waare zur Uebergabe anbieten, ansonst er riskirt, keine für ihn rechtlich relevante Mora zu begründen.

Die Bereitschaft erheischt aber selbstverständlich nicht die Vornahme von Handlungen, welche nach der Sachlage ganz überflüssig erscheinen: wie die Absendung der Waare, nachdem der Käufer bereits des Bestimmtesten die Verweigerung der Annahme erklärt hat (R. O. H. G. IV, 19; X, p. 238; IX, 264). Denn unter solchen Umständen wird der einseitige Verzug des Käufers mit der Bezahlung und der ausdrücklichen Weigerung, die Waare nicht annehmen zu wollen, den Verkäufer von der Mühe der Realoblation entheben, ohne dass ihm dadurch die Wirkungen der Mora solvendi im technischen Sinn entzogen werden. — Doch entbindet vorausgehende Erklärung der Annahmeweigerung dennoch nicht von der Verbaloblation. — Der Annahmeweigerung steht gleich, wenn der Käufer nur einen Theil der gekauften Waare annehmen will (R. O. H. G. VIII, p. 73).

Dr. B. Franke steht mit seinem „Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse“ auf demselben Boden, wenn er im Art. 285 sagt: „Bedarf es zur Erfüllung einer Mitwirkung des Gläubigers oder kann dieser bei einem zweiseitigen Vertrage die Erfüllung nur nach vorheriger Bewirkung seiner Gegenleistung oder nur Zug um Zug gegen eine Gegenleistung verlangen, so wird der Schuldner nicht in Verzug gesetzt, so lange der Gläubiger im erstern Falle die Handlung, welche die Voraussetzung der Erfüllung bildet, nicht vorgenommen und im letztern Falle die Gegenleistung nicht bewirkt hat oder zu derselben nach Massgabe seiner Verbindlichkeit nicht bereit ist“.

Um keinen Zweifel über das Vorhandensein eines das dreifache Wahlrecht begründenden Verzugs aufkommen zu lassen, wird immerhin

der morose Contrahent gut thun, nach Massgabe des Art. 358 des H. G. B. den Verzug der andern Partei auf deren Kosten⁸⁾ durch eine öffentliche Urkunde (Protest) feststellen zu lassen. Dieser Protest wird dann, sofern die Thatsache des Verzugs bestritten wird, als Beweismittel dafür dienen, dass die Mora wirklich auf Grund der sinnlichen Wahrnehmung des Beamten oder zuständigen Gerichts bekundet und dadurch das gerichtliche Verfahren vereinfacht und abgekürzt wird.

III.

§ 3. Wirkungen des Eintrittes des Verzugs.

Das Unrecht zu bekämpfen, ist die Aufgabe des Rechts. Da das Recht lebt und in fortwährender Entwicklung begriffen ist, so unterliegt jene Aufgabe denselben Normen der Ausbildung; es vervollkommenet sich die Reaction gegen erlittenes Unrecht mit der fortschreitenden Rechtsentwicklung und zwar nicht blos in Rücksicht der Mittel, durch welche jene Negotiation bewirkt wird, sondern auch in Rücksicht des Unrechtsbegriffes selbst. Sehr deutlich sieht man den Einfluss dieser Fortentwicklung beim Verzug und dessen Folgen¹⁾.

Zuerst mögen wohl auch hier die unauslöschlichen Regungen des verletzten Rechtsgefühls in der gewaltsamen Reaction gegen das zugefügte Unrecht (verschuldete Nichterfüllung) in Selbsthülfe und Rache bestanden haben. Denn mit Selbsthülfe und Rache, dieser Art der wilden Gerechtigkeit, wie Baco von Verulam sich ausdrückt, hat jedes Recht begonnen (v. Ihering, Geist des römischen Rechtes I, p. 118). Nach und nach tritt an die Stelle der Privatrache die Privatstrafe, welche als ein durch Gesetz und Gewohnheitsrecht fixirter Preis erscheint, für welche die ursprünglich übliche Privatrache abgekauft werden konnte und musste²⁾. Allein auch diese Privatstrafe repräsentirt noch immer den Ausdruck des gereizten Rechtsgefühls. „Sich nicht begnügend mit der einfachen Ausgleichung des Unrechts, bezweckt sie, Uebles mit Ueblem zu vergelten,

⁸⁾ Dies ist eine Eigenthümlichkeit des Fixgeschäfts gegenüber dem Nichtfixgeschäft, bei welchem letzterem der Gläubiger zwar wohl bei Verzug des Schuldners ein Notariatsinstrument (Protest) aufnehmen, allein die Kosten der Aufnahme eines solchen Notariatsinstruments vom Schuldner nicht erstattet verlangen kann (v. Kniep a. a. O. p. 610).

¹⁾ V. Drechsler: Die Klage auf Schadenersatz bei nichtigen Verträgen.

²⁾ v. Ihering a. a. O. pag. 139.

dient sie mehr der Rachsucht des Subjects, als der Idee des Rechts. Berechtigt zu Zeiten, wo es der Affect im Rechte ist, verliert sie in demselben Maasse an Berechtigung und Lebensfähigkeit, wie die Idee der leidenschaftslosen Handhabung an Boden gewinnt. Die volle Verwirklichung der letztern Idee ist die vollständige Hinüberleitung der Strafe *in die Form des Schadenersatzes*³⁾ (v. Ihering, Das Schuldmoment im römischen Privatrechte“). Die neueste Phase, in welche das moderne Handelsrecht getreten, hat für dieses Unrecht der verzögerten schuldvollen Vertragserfüllung nicht nur einen, sondern drei verschiedene Wege eröffnet (Art. 354 und Art. 355), auf welchen der nicht säumige Theil ein Aequivalent für sein verletztes Recht suchen kann. Und wenn eine spätere Periode an das Factum des Verzugs noch weitergehende Wirkungen knüpfen wird, so sind diese nur als ein Ausfluss der gesteigerten Verkehrsverhältnisse, als ein Bedürfniss der Zeit zu betrachten.

Gemäss unserer Aufgabe kommen auch hier blos diejenigen Wirkungen in Betracht, welche sich an den Verzug in Bezahlung des Kaufpreises und in Uebergabe der Waare knüpfen. Ausgeschlossen vom Kreise unserer Betrachtung bleiben also diejenigen Wirkungen, welche durch einen Verzug betreffs Empfangnahme der Waare und betreffs Annahme des Kaufpreises hervorgerufen werden.

a) Wirkungen des Verzugs in Bezahlung des Kaufpreises.

In Berücksichtigung kommen Art. 357 Abs. 1 und 2 und in Verbindung damit Art. 354 und 343 des H. G. B. Danach stehen dem nicht säumigen Fixverkäufer bei Zahlungsverzug des Käufers alternativ drei Rechte zur Ausübung:

1. hinterherige Erfüllung nebst Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung;
2. Verkaufsrecht der Waare nebst Schadenersatz;
3. Rücktritt vom Vertrage.

b) Wirkungen des Verzugs in Uebergabe der Waare.

In Berücksichtigung kommen die Art. 357 Abs. 1 und 3 und Art. 355 des H. G. B. Danach stehen dem nicht säumigen Fixkäufer bei Waarenübergabeverzug des Verkäufers alternativ drei Rechte zur Ausübung:

³⁾ Im „Kampf um's Recht“ (p. 80—92) spricht sich v. Ihering entschieden für die Wiedereinführung der Strafe für denjenigen aus, welcher in civilrechtlichen Verhältnissen dolos handelt (also doloser Weise nicht rechtzeitig liefert).

1. Hinterherige Erfüllung nebst Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung;
2. Schadenersatz wegen Nichterfüllung;
3. Rücktritt vom Vertrage.

Bevor wir jedoch auf eine nähere Darstellung dieser dem Fixverkäufer und dem Fixkäufer zur Verfügung stehenden Rechte eintreten, mag es wohl am Platze sein, in einem folgenden Paragraphen das Verhältniss der drei Wahlrechte zu einander, die Art und Weise, wie dieselben consumirt werden, welche Wirkungen diese Consumption habe, zu erörtern.

§ 4 a. Das Verhältniss der drei Rechte zu einander, die Consumption des Wahlrechts.

Alle drei Rechte sind gleichartig insofern, als jedes den durch Verzug für den nicht säumigen Contrahenten herbeigeführten Nachtheil zu paralysiren berufen ist. Das ideale Ziel ist bei allen das nämliche. Da aber, wie Regelsberger¹⁾ bemerkt, das Recht keinen Zauberstab besitzt, um Geschehenes in die Vergangenheit zu versetzen, so kann es die ihm gestellte Aufgabe immer nur auf mittelbarem Wege lösen. In dieser Beschaffenheit des Problems liegt nicht bloss die Erklärung dafür, dass die Vorschriften der einzelnen Gesetzgebungen hierüber nichts weniger als übereinstimmend sind, es liegt darin auch die Rechtfertigung, wenn ein und dasselbe Recht mehrere Wege eröffnet, um die Erreichung des Zweckes für den einzelnen Fall möglichst zu sichern. Hiemit steht ganz und gar nicht im Widerspruch, dass im speziellen Falle der eine oder andere Weg, das eine oder andere der drei Rechte seinem Zwecke nur sehr wenig zu genügen im Stande sein wird. Den Umständen gemäss wird natürlich der nicht säumige Contrahent immer dasjenige zu wählen wissen, welches für ihn am vortheilhaftesten ist. So wird der nicht säumige Fixverkäufer den Weg der Naturalerfüllung nebst Schadenersatz oder das Verkaufsrecht nebst Schadenersatz dann wählen, wenn der Verkauf für ihn sehr vortheilhaft war und er Aussicht hat, seine Ansprüche daraus möglichst bald realisiren zu können. Zur Alternative des Rücktritts wird er greifen, wenn eine hinterherige Erfüllung für ihn nutzlos oder das Verkaufs-

¹⁾ Archiv für civil. Praxis B. 50. Regelsberger: Ueber das Recht zum Rücktritt vom Kaufgeschäfte beim Verzug der Erfüllung.

recht mit Schadenersatz unvortheilhaft ist, sei es, dass er ein Steigen der Waare vermuthet, sei es, dass er besorgt, seine Forderung an dem Käufer wegen drohender oder schon hereingebrochener Insolvenz desselben gar nicht oder doch nicht in Bälde realisiren zu können.

Hinwiederum wird der nicht säumige Käufer sich für das Recht auf Erfüllung nebst Schadenersatz oder für dasjenige auf blossen Schadenersatz wegen Nichterfüllung entscheiden, wenn er erwartet, dass die Waare bis zur Zeit der wirklichen Uebergabe noch im Preise und zwar über den Kaufpreis steigt, resp. wenn er, falls letzteres schon zur vereinbarten Lieferungszeit der Fall war, diesen sichern Gewinn einer unsichern Speculation vorzieht. Von der dritten Alternative, der Befugniss zum Rücktritt vom Vertrage, wird der Käufer in der Regel dann Gebrauch machen, wenn die Waare im Preise gesunken und nach der Meinung des Käufers noch mehr sinken wird u. s. w.

Objectiv betrachtet, d. h. ohne Berücksichtigung der praktischen Verhältnisse, sind alle drei Rechte zu einander gleichwerthig; im concreten Falle jedoch, wo natürlich der nicht säumige Contrahent für die Geltendmachung des einen oder anderen der drei Rechte ein grösseres oder geringeres Interesse hat, wird das eine von den drei Rechten an Bedeutung in dem Maasse gewinnen, in welchem die anderen daran einbüßen.

Der Eintritt des Verzuges begründet das dreifache Wahlrecht. Mit diesem Zeitpunkt verwandelt sich die *Obligatio simplex* in eine *Obligatio alternativa*. Der Schuldner (Käufer oder Verkäufer), dessen Verpflichtung vor dem genannten Zeitpunkte auf einen einzigen, ganz bestimmten Leistungsinhalt ging, soll nunmehr Dieses oder Jenes leisten: Erfüllung nebst Schadenersatz, Schadenersatz, Rücktritt.²⁾ Was er zu leisten hat, hängt von der Wahl des Gläubigers ab. Hat Letzterer aber einmal seine Auswahl getroffen, so reduzirt sich das dreifache Wahlrecht auf ein einfaches, die *Obligatio alternativa* auf eine *Obligatio simplex*. Mit andern Worten: es concentrirt sich das Wahlrecht auf einen einzigen Leistungsinhalt, so dass sowohl das Recht, einen andern Leistungsinhalt zu wählen, wegfällt,³⁾ als auch alle andern rechtlichen

²⁾ Rücktritt characterisirt sich hier als ein Leistungsinhalt insofern, als der nicht säumige Contrahent von dem säumigen Theile verlangen darf, dass Letzterer seine Rechte aus dem ursprünglichen Vertrage nicht geltend mache.

³⁾ Hat daher der Kläger principaliter Schadenersatz wegen Nichterfüllung begehrt, so ist der eventuelle Antrag auf Erfüllung (Lieferung) unstatthaft und zufolge der in bindender Weise getroffenen Wahl kann der Kläger später nicht den

Folgen eintreten, welche eingetreten sein würden, wenn die Obligatio immer diesen einen Leistungsinhalt zum Gegenstand gehabt hätte. Diese Concentration, besser Consumption des Wahlrechts tritt aber nicht erst durch Klageanstellung beziehungsweise Klagemittheilung ein (l. 112 pr. D. 45. 1, R. O. H. G. VI, p. 182, p. 191), sondern — und hier knüpfen wir an eine Abhandlung von Demelius: „Ausübung des Wahlrechts in obligatorischen Verhältnissen“ an — schon durch die *einfache Willenserklärung verbunden mit den vom Gesetze noch ausserdem vorgeschriebenen Requisiten*. Demelius, welcher im Anschluss an v. Ihering (Jahrbücher für Dogmatik I, p. 33) in einer Anzahl von Quellenstellen den Beweis dafür leistete, dass durch die blosse Willenserklärung das Wahlrecht bei Alternativobligationen in ein einfaches, definitives verwandelt werde, schreibt am genannten Orte folgendermassen: „Was von den vertragsmässigen und testamentarischen Alternativobligationen gelten muss, wird man auch unbedingt in denjenigen Fällen anwenden dürfen, wo das Gesetz *aus gewissen Thatsachen* unmittelbar eine alternative Verbindlichkeit entstehen lässt. Erklärt z. B. der Käufer dem sich auf Laesio enormis berufenden Verkäufer den Vollwerth der verkauften Sache ergänzen zu wollen, so werden wir ihm ebensowenig das Recht einräumen, später sich durch Rückgabe der Sache befreien zu dürfen, als dies die römischen Juristen gethan haben würden“ u. s. w.

An diese Worte von Demelius anlehnend sagen wir:

Wie die Thatsache der Laesio enormis eine alternative Verbindlichkeit entstehen lässt, bei welcher das Wahlrecht dem Käufer zusteht, so knüpft auch das Handelsrecht an die Thatsache der Mora eine dreifache alternative Verbindlichkeit, bei welcher das Wahlrecht ausdrücklich dem nicht morosen Contrahenten zusteht. Erklärt also der Wahlberechtigte unter Beobachtung der vom Gesetze noch überdies für die Geltendmachung der verschiedenen Rechte vorgeschriebenen Requisite sich bestimmt dahin, welches von den drei Rechten er ausüben (geltend machen) wolle, so erlischt das dreifache Wahlrecht, resp. verwandelt

prinzipalen Antrag fallen lassen und den eventuellen Antrag für den principalen erklären (Puchelt Commentar z. H. G. B. p. 729). Zeitschrift f. Civilrecht und Praxis N. F. XIII, p. 35. — Noch aus einem andern Grunde kann der Kläger nicht eventualiter Erfüllung nebst Schadenersatz fordern. Aus dem Klagantrag, welcher in erster Linie auf Schadenersatz ging, folgt, dass der Kläger nicht immer zur Erfüllung bereit war; denn wer Erfüllung nebst Schadenersatz fordert, muss immer auch zur Erfüllung bereit sein. (Fick, Rechtsgutachten über börsenmässige Lieferungsverträge in der Gestalt des Commissionsgeschäftes etc.)

sich in *Ein Recht*; die Verbindlichkeit wird wieder was sie ante moram war: obligatio simplex.

Was liegt nun in diesem Satze ausgesprochen? Nicht mehr und nicht weniger, als dass zur Consumption des Wahlrechtes zwei Erfordernisse nöthig sind:

1. *Eine Willenserklärung*, dahin gehend; dass der nicht morose Contrahent von den drei ihm zur Wahl verstellten Rechten ein ganz bestimmtes gewählt hat.

2. *Dass er diese seine Auswahl unter Beobachtung der vom Gesetze vorgeschriebenen Requisite getroffen habe.*

Das erste dieser Erfordernisse folgt aus den für die Consumption von Alternativobligationen geltenden Grundsätzen; *es würde aber auch aus allgemeinen Rechtsprinzipien folgen,*⁴⁾ *denn von drei Rechten eines wählen*, heisst doch nichts anderes, *als seinen Willen kundgeben (mittheilen)*, welches von den drei Rechten man ausüben wolle. Das zweite ist auf eine vom Gesetz *expressis verbis aufgestellte Vorschrift zurückzuführen.*

Bevor wir auf die beiden Erfordernisse im Speziellen eintreten, d. h. ihre juristische Natur erörtern, möge noch mit wenigen Worten auf die Wirkung der Consumption hingewiesen werden.

Die Consumption bewirkt, dass von den drei Rechten zwei untergehen und nur eines übrig bleibt. Dies Eine ist immer das vom Wahlberechtigten bestimmt Gewollte, bestimmt Erklärte. Man kann es das „*Residuum der Consumption*“ nennen. Naturnothwendig wird dieses Residuum je nach der Auswahl des nicht morosen Contrahenten ein verschiedenes sein, bald wird es in der Gestalt der Naturalerfüllung nebst Schadenersatz, bald in derjenigen des Schadenersatzrechtes, bald in derjenigen des Rücktrittsrechtes auftreten. Immer aber, in welcher Gestalt sich dieses Residuum auch zeigen mag, ist die Wirkung der Consumption die, dass nunmehr die dreifache Alternativobligation erloschen, dass an ihre Stelle eine Obligatio mit nur einem und ganz bestimmtem Leistungsinhalt getreten ist. Der nicht morose Contrahent kann nicht mehr Dieses oder Jenes verlangen, Rücktritt oder Schadenersatz etc., sondern eben nur das Residuum der Consumption. Würde

⁴⁾ *Wir machen auf dieses Moment noch besonders aufmerksam. Falls also in jenem dreifachen Wahlrecht keine Alternativobligation erblickt werden könnte, würden die beiden für die Consumption des Wahlrechts aufgestellten Erfordernisse dennoch Bestand haben und die nachfolgende Auseinandersetzung nicht auf falscher Basis beruhen.*

er dennoch trotz erfolgter Consumption ein anderes als das Residuum verlangen, so stünde dem Beklagten eine Einrede des Inhalts zu: Du hast definitiv gewählt und bist an deine Wahl gebunden. Mit andern Worten: die Consumption berechtigt nicht nur den nicht morosen Contrahenten, das gewählte Recht geltend zu machen, sondern sie verpflichtet ihn auch, kein anderes als das gewählte Recht geltend zu machen. Dieser Pflicht entspricht auf Seiten des morosen Contrahenten das Recht zu verlangen, dass der nicht säumige Contrahent das gewählte Recht, gerade dieses und kein anderes geltend mache. Mit diesem Merkmal, dass die nicht säumige Partei einerseits zur Geltendmachung des gewählten Rechtes verpflichtet und anderseits dazu berechtigt sein muss, lässt sich immer mit Sicherheit feststellen: ob eine Consumption des Wahlrechts stattgefunden hat oder nicht. Ist der nicht säumige Contrahent zur Ausübung des gewählten Rechts bloss verpflichtet, nicht aber auch berechtigt, so ist das Wahlrecht ebenso wenig consumirt, als dann von einer Consumption gesprochen werden kann, wenn er bloss berechtigt, nicht aber auch verpflichtet ist. An diesem Maasstab der Verpflichtung einerseits und der Berechtigung anderseits: das Residuum und nur dieses geltend zu machen, werden wir auch die Richtigkeit des oben aufgestellten Satzes prüfen, des Satzes, dass zur Consumption des Wahlrechtes zwei Erfordernisse nöthig seien. Ist dieser Satz richtig, so muss der nicht säumige Contrahent, sobald er den beiden Erfordernissen eine Genüge geleistet, die Consumption herbeigeführt hat, auch zur Geltendmachung des gewählten Rechtes nicht bloss verpflichtet, sondern auch berechtigt sein.

Wenn wir nun im Folgenden auf eine Erörterung der beiden Erfordernisse eintreten, so verlangt die Vermeidung oftmaliger Wiederholung einerseits und eine systematische Behandlung anderseits, hier einen besonderen Weg einzuschlagen.

Betrachten wir nämlich die sechs Rechte, von denen je drei dem Fixverkäufer resp. dem Fixkäufer zustehen, so zeigt sich uns auf den ersten Blick, dass der Gesetzgeber zur Consumption des Wahlrechts, je nachdem nämlich das Residuum der Consumption die hinterherige Naturalerfüllung oder das Schadenersatzrecht oder das Rücktrittsrecht ist, nicht überall die gleichen Requisite aufgestellt hat, sondern dass er bei der einen Gruppe von Rechten überhaupt gar keine speziellen Erfordernisse zur Consumption des Wahlrechts resp. Geltendmachung der betreffenden Rechte aufgestellt hat, bei der andern Gruppe von Rechten aber für die Consumption des Wahlrechtes resp. Geltendmachung der betreffen-

den Rechte *expressis verbis* die Beobachtung von bestimmten Erfordernissen verlangt. Mit andern Worten: für die eine Gruppe von Rechten wird also das zweite Erforderniss, welches wir als zur Consumption des Wahlrechtes nothwendig aufgestellt haben, nämlich die Beobachtung der vom Gesetze ausdrücklich aufgestellten Erfordernisse, dahinfallen, weil eben der Gesetzgeber zur Consumption des Wahlrechtes resp. Geltendmachung dieser Gruppe von Rechten keine speziellen Requisite verlangt; es genügt also bei dieser Gruppe von Rechten zur Consumption des Wahlrechtes die einfache Willenserklärung des Wahlberechtigten, dass er eines der zu dieser Gruppe gehörenden Rechte gewählt habe; für die andere Gruppe von Rechten aber, zu deren Geltendmachung der Gesetzgeber ausdrücklich die Beobachtung von speziellen Requisiten (z. B. ein Thätigwerden) fordert, wird die Consumption des Wahlrechtes erst mit der Beobachtung dieser gesetzlichen Erfordernisse eintreten; hier genügt die einfache Willenserklärung zur Consumption nicht. Zur ersten Gruppe von Rechten gehören:

- 1) Das Rücktrittsrecht des Fixkäufers, wenn der Verkäufer im Verzuge ist.
- 2) Das Rücktrittsrecht des Fixverkäufers, wenn der Käufer im Verzuge ist.
- 3) Das Schadenersatzrecht wegen Nichterfüllung, wenn der Verkäufer im Verzuge ist.

Zur zweiten Gruppe von Rechten gehören:

- 1) Das Recht der Erfüllung nebst Schadenersatz, wenn der Verkäufer im Verzuge ist.
- 2) Das Recht der Erfüllung nebst Schadenersatz, wenn der Käufer im Verzuge ist.
- 3) Das Verkaufsrecht nebst Schadenersatz, wenn der Käufer im Verzuge ist.

Daraus nun, dass das eine jener Erfordernisse (die Willenserklärung) einerseits zur Consumption des Wahlrechtes unbedingt in jeder Hinsicht nöthig ist, dass aber anderseits diese Willenserklärung nicht bei allen Rechten die gleiche Funktion zu vertreten hat, sondern bei der einen Gruppe von Rechten zur Geltendmachung derselben resp. Consumption des Wahlrechts genügt, bei der andern Gruppe von Rechten aber ausser der Willenserklärung noch ein Mehreres zur Consumption verlangt wird, können wir folgenden Schluss ziehen:

Einerseits wird es an gemeinsamen Merkmalen der Willenserklärung rücksichtlich der einen wie der andern Gruppe von Rechten nicht

fehlen, und anderseits wird die Natur der Willenserklärung bei der einen Gruppe von Rechten eine anders geartete sein, als bei der andern Gruppe von Rechten.

Wir werden daher im Folgenden einige Bemerkungen vorausschicken, welche sich auf die Willenserklärung im Allgemeinen, also hinsichtlich aller sechs Rechte beziehen, dann die jurist. Natur der Willenserklärung bei derjenigen Gruppe von Rechten erörtern, welche zu ihrer Geltendmachung resp. Consumption des Wahlrechtes nichts Anderes, als eine blosser Willenserklärung verlangen und in letzter Linie die Natur derjenigen Willenserklärung untersuchen, welche für sich allein nicht die Consumption des Wahlrechtes herbeizuführen im Stande ist, wozu es ausser der Willenserklärung noch bestimmter vom Gesetze vorgeschriebener positiver Handlungen bedarf.

Das d. H. G. B. äussert sich mit Ausnahme eines einzigen Falles (beim Recht der Naturalerfüllung nebst Schadenersatz) in keiner Weise darüber, ob die blosser Willenserklärung zur Geltendmachung resp. zur Consumption des Wahlrechtes genüge, wie und wann dieselbe zu geschehen habe. Es hat dadurch kund gegeben, dass diese Frage, insofern nicht Handelsgebräuche oder in deren Ermangelung das allg. bürgerl. Recht (Art. 1 H. G. B.) etwas Anderes bestimmen, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden ist. Sowohl das Handelsgewohnheitsrecht, als die einzelnen Civilcodificationen nun haben in dieser Hinsicht keine normativen Bestimmungen getroffen. Gemäss den Rechtsgrundsätzen, welche für die Consumption des Wahlrechtes bei Alternativobligationen gelten, sowie auch nach allgemeinen Rechtsprincipien, muss in der blossen Willenserklärung des Wahlberechtigten, sofern das Gesetz wie schon angeführt, nicht weitere positive Handlungen für die wirksame Geltendmachung fordert, consumirende Kraft gefunden werden.

Wie muss nun diese Willenserklärung beschaffen sein?

Die Willenserklärung muss, soll sie eine Consumption des Wahlrechtes bewirken, immer eine ausdrückliche sein, d. h. der nicht morose Contrahent muss *expressis verbis* erklären, welches von den drei Rechten er gewählt habe. Dieser Satz gilt mit Ausnahme eines besonders zu erwähnenden Falls unbedingt.

Man hat von verschiedener Seite ⁵⁾ darauf aufmerksam gemacht

⁵⁾ Kniep: Die Mora nach röm. und heut. Rechte II, p. 111. Derselbe sagt: „Fehlt es an einer derartigen (scil. Naturalerfüllung bezweckenden) rechtzeitigen Erklärung, so gilt der Vertrag als aufgehoben.“

(besonders in Gerichtsentscheidungen), dass beim Fixgeschäft auch eine stillschweigende Willenserklärung (blosses Stillschweigen) das Wahlrecht consumire. Eine solche stillschweigende Willenserklärung müsse darin gefunden werden, dass der nicht morose Contrahent in keinerlei Weise seinen Willen dem Säumigen gegenüber erkläre, welche von den drei Alternativen er sich ausbedingen wolle. Dadurch verliere er das Recht auf Naturalerfüllung nebst Schadenersatz. (Art. 357, Abs. 1), sowie dasjenige des Verkaufsrechts mit Schadenersatz resp. Schadenersatzrecht wegen Nichterfüllung (Art. 357, Abs. 2 u. 3) und es bleibe ihm nur das Rücktrittsrecht, dessen Geltendmachung an keinerlei ausdrückliche Willenserklärung und positive Handlungen gebunden sei. So allgemein gefasst ist diese Ansicht unbedingt falsch; sie ist richtig nur insofern, als sie jenen von uns berührten Ausnahmefall in sich begreift. Doch ist es der Mühe werth, die Gründe, welche für diese Ansicht in's Feld geführt werden können, näher zu prüfen. Man sagt: Es liegt in der Natur des Fixgeschäftes, welches die Erfüllung des Vertrages zur genau und festbestimmten Zeit verlangt, dass auch eine stillschweigende Willenserklärung (im obigen Sinn) die Consumption des Wahlrechts bedinge. Erfülle nämlich der Schuldner an dem vereinbarten Stichtage nicht, so sei im Grunde genommen eine spätere Erfüllung gar nicht mehr möglich und es gienge gegen das Wesen des Fixgeschäftes, wenn man den nicht morosen Contrahenten noch zu einer ausdrücklichen Willenserklärung verpflichten wollte des Inhalts, dass er eine spätere Erfüllung zurückweise, dass er vom Vertrage zurücktrete. Andererseits verstehe es sich wieder von selbst, dass der nicht morose Contrahent, wenn er der Natur des Fixgeschäftes zuwider, auch noch nach Eintritt des Stichtages auf dem Vertrage weiter bestehen wolle, er diese seine Ansicht der säumigen Partei ausdrücklich mittheile. Denn die Rechtsvermuthung, dass der Fixvertrag bei Nichterfüllung am vereinbarten Stichtage seinen früheren Rechtsbestand verliere, sofern nicht etwa die nicht morose Partei ausdrücklich einen gegentheiligen Willen kundgebe, gelte natürlich nicht nur für die nicht morose, sondern auch für die morose Partei.

Wir sind von der Richtigkeit dieser Ansicht nicht überzeugt und suchen im Folgenden den Beweis dafür zu leisten, dass mit Ausnahme jenes berührten Falles, nur eine ausdrückliche, nicht aber eine „stillschweigende“ Willenserklärung zur Consumption des Wahlrechts erforderlich sei. Hiemit wollen wir ganz und gar nicht sagen, dass dem nicht morosen Contrahenten eine Pflicht auferlegt sei, bei Eintritt der

Mora irgend eine Willenserklärung abzugeben; aber wir behaupten, dass wenn er nach Eintritt des Verzuges sich in keinerlei Weise äussere, damit das Wahlrecht (mit Ausnahme jenes Falles) noch keineswegs consumirt sei.

Beim Verzug des Fixverkäufers ist dies ohne Weiteres klar. Denn hier verliert der Fixkäufer, wenn er sich nach Eintritt des Verzuges in keinerlei Weise äussert, das Recht der Naturalerfüllung nebst Schadenersatz; es bleiben ihm aber immer noch zwei Rechte zur Wahl verstellt: das Schadenersatzrecht wegen Nichterfüllung und das Rücktrittsrecht. Da nun aber eine Consumption des Wahlrechts nach unserer Auseinandersetzung nur dann stattgefunden hat, wenn von den drei Rechten zwei untergegangen und nur eines übrig geblieben ist, so kann hier natürlich von einer Consumption des Wahlrechtes keine Rede sein, wesswegen denn die Ansicht, dass auch eine stillschweigende Willenserklärung (im obigen Sinne) das Wahlrecht consumire, in diesem Falle unzweifelhaft falsch ist. Aber, wird man ferner einwenden: wenn der Fixkäufer sich auch bezüglich jener zwei ihm noch übrig gebliebenen Rechte niemals äussert, welches von beiden er geltend machen wolle, so sei anzunehmen, dass er mit dem Momente, wo alle seine Rechte aus dem Fixvertrag durch Verjährung untergehen, doch als zurückgetreten angesehen werden könne, also habe Stillschweigen doch zu einem Rücktritt vom Vertrage geführt. Auch dieser Einwand ist kein ernstlicher. Denn dieser letztere Rücktritt folgt nicht aus einer stillschweigenden Willenserklärung, sondern aus der Verjährung der drei Rechte überhaupt; er ist nicht der Rücktritt des Art. 355; denn durch Verjährung der drei Rechte ist ja auch das Rücktrittsrecht und die mit demselben verbundenen Rückforderungsklagen (wie *Condictio sine causa*, *C. causa data, causa non secuta*) untergegangen.

Aber auch beim Verzug des Fixkäufers ist unsere Ansicht, dass bloss eine ausdrückliche Willenserklärung das Wahlrecht consumire, wenn auch nicht vollständig, so doch in einer doppelten Beziehung richtig. Gibt nämlich der Fixverkäufer bei Eintritt des Verzuges nicht sofort kund, dass er das Recht der hinterherigen Naturalerfüllung nebst Schadenersatz gewählt habe, so verliert er unzweifelhaft dieses Recht, unangesehen ob die verkaufte Sache einen Markt- oder Börsenwerth habe oder nicht. Es verbleiben ihm aber, falls das Verkaufsobject keine markt- oder börsengängige Sache ist, die beiden alternativischen Rechte auf Weiteres zur Wahl verstellt, indem ja ein unverzüglicher

Verkauf für Waaren solcher Natur vom Gesetzgeber nicht verlangt wird. (Art. 357, Ab. 2.)

Aber auch dann, wenn der Verkaufsgegenstand Waaren in sich begreift, welche einen Börsen- oder Marktwert haben, bewirkt ein gänzlichcs Stillschweigen keineswegs unbedingt in allen Fällen Consumption des Wahlrechts. Hat nämlich der Fixverkäufer gleich nach Beginn der Mora ordnungsmässig verkauft, erklärt aber nicht, dass er das Verkaufsrecht nebst Schadenersatz gewählt habe, so hat er sich einerseits durch die Beobachtung der gesetzlichen Vorschrift über ordnungsmässigen Verkauf das Schadenersatzrecht gewahrt und anderseits aber auch das Rücktrittsrecht nicht verloren. Mit andern Worten obgleich er sich nach Beginn der Mora in keinerlei Weise geäussert, welche von den drei Alternativen er geltend zu machen gedenke, ist ihm doch die Wahl zwischen den zwei letztgenannten Rechten auch bei einem Fixgeschäft über marktgängige Waaren unverändert geblieben⁶⁾. Also auch hier vermag eine sogen. stillschweigende Willenserklärung im obigen Sinne die Consumption des Wahlrechtes nicht herbeizuführen.

Nur im folgenden Falle (wir bezeichneten denselben als Ausnahme von der Regel) ist ein vollständiges Stillschweigen im Stande, das Wahlrecht zu consumiren. Erklärt nämlich der Fixverkäufer bei einem Fixgeschäft über marktgängige Sachen nach Eintritt der Mora sich einerseits in keiner Weise, welche von den drei Alternativen er sich zur Geltendmachung ausgewählt habe, und bewirkt auch anderseits keinen ordnungsgemässen Verkauf der Waare, so ist anzunehmen, dass er durch das Stillschweigen auf das Recht der Naturalerfüllung nebst Schadenersatz verzichtet und zugleich durch Nichtbeobachtung der für das Verkaufsrecht aufgestellten Vorschriften das Verkaufsrecht nebst Schadenersatz verwirkt habe. Sonach bleibt ihm nur noch das Rücktrittsrecht übrig.

Was geht aber aus dieser Erörterung hervor? Dass in drei von vier Fällen unsere Ansicht richtig und nur in einem einzigen Falle eine Ausnahme zu constatiren ist; dass aber die gegentheilige Ansicht, wonach völliges Stillschweigen schlechthin die Consumption des Wahl-

⁶⁾ Freilich schreibt Art. 357 Abs. 2 nach bewirktem Verkauf eine sofortige Anzeige dieses Verkaufs vor. Allein diese „Anzeige“ ist nicht ein für den Rechtsbestand des Verkaufs wesentliches Erforderniss und kann also (wie wir noch später sehen), ohne den Rechtsbestand zu alteriren, verspätet oder gar nicht abgegeben werden. Vergleiche übrigens § 5.

rechts herbeizuführen im Stande ist, bloss in einem einzigen von vier Fällen auf Richtigkeit Anspruch machen kann.

Nach dieser kurzen Abschweifung, welche bloss unsere Ansicht über die Consumption des Wahlrechts hinsichtlich der ausdrücklichen Willenserklärung bekräftigen sollte, kehren wir zu den allgemeinen Betrachtungen über die Willenserklärung zurück.

Die Willenserklärung muss also, abgesehen von jenem Ausnahmefall, immer eine ausdrückliche sein, soll durch sie die Consumption des Wahlrechts bewirkt werden. Die ausdrückliche Willenserklärung anlangend, ist die Abgabe derselben indess durchaus nicht formell, d. h. die Erklärungsweise muss nicht im Gebrauch bestimmter Worte bestehen (wie z. B. beim römischen Verbalcontract), oder in einer schriftlichen Aufzeichnung (wie z. B. beim römischen Literalcontract), oder in einer Erklärung vor Gericht (wie z. B. Art. 1184 Abs. 3 Cod. Nap.). Soll die ausdrückliche Willenserklärung aber als rechtswirksam erscheinen, so muss sie demjenigen gegenüber geschehen, welcher in der fraglichen Angelegenheit als Verpflichteter erscheint. Man wird sich demnach mit Demelius dafür entscheiden müssen, dass das Wahlrecht erst durch die Erklärung der getroffenen Entscheidung an den Mitbetheiligten oder an dessen rechtmässigen Stellvertreter consumirt wird. „Der Wille des Wählenden ist zwar“, wie Demelius bemerkt, „nicht Bestandtheil eines Vertrages, sondern Eintreten einer Entscheidung. Allein überall, wo Existenz und Inhalt eines obligatorischen Rechtsverhältnisses auf die Willenserklärung eines der beiden Mitbetheiligten gestellt wird, wird darunter Erklärung an den Mitbetheiligten zu verstehen sein“⁷⁾.

Die Abgabe der Willenserklärung kann, abgesehen vom Wahlrecht der Naturalerfüllung, zu jeder Zeit nach Eintritt des Verzuges geschehen und ist an eine Frist nur insofern gebunden, als sie mit dem Zeitpunkt der Klagverjährung natürlich auch ihre rechtliche Relevanz verliert. Der vor Eintritt des Verzuges ausgesprochenen Wahl dürfte streng genommen keine Beachtung geschenkt werden; denn vor Eintritt der Mora existirt kein Wahlrecht, kann ein solches folglich auch nicht consumirt werden. Allein die dispositive Natur des Art. 357 (siehe § 8) wird auch hier einer diesbezüglichen, ante moram erfolgten Willenserklärung

⁷⁾ Demelius a. a. O. „So ist die Erklärung an den Mitbetheiligten dann zweifellos, wenn die Existenz eines Geschäftes auf den Willen eines Theils gestellt ist, wie beim *pactum disciplintiae*, *de retrovendendo*, *in diem addictio*, *lex Commissoria*. Dass es sich ebenso verhält, wenn nicht das „*an debetur*“, sondern das „*quod debetur*“ auf den Willen eines Theils gestellt ist, dafür braucht es keines Beweises.“

die gleiche Wirkung beizulegen vermögen, wie einer nach Eintritt des Verzuges abgegebenen rechtzeitigen Willenserklärung. Und in der That ist z. B. nicht abzusehen, wesswegen der verzugsberechtigte Fixkäufer nicht schon vor Eintritt der Mora dem Fixverkäufer die Erklärung zukommen lassen kann, dass er unbedingt auf hinterherige Erfüllung auch nach Beginn der Mora bestehe. „Eine solche Erklärung“, sagt Kniep (a. a. O.) „gereicht ja nur dem Verkäufer zum Vortheil, der auf diese Weise schon im Voraus in Kenntniss gesetzt wird, dass er sich auf eine wirkliche Erfüllung einzurichten habe; denn selbstverständlich ist der Käufer an eine derartige Erklärung gebunden⁸⁾).

Die soeben entwickelten Grundsätze betreffen nur die äussere Natur der Willenserklärung (die Art und Weise ihrer Abgabe), sie beziehen sich auf die Willenserklärung im Allgemeinen und finden ihre Anwendung bei allen sechs Rechten.

Im Folgenden mag nun auch die juristische Natur dieser Willenserklärung ihre Erörterung finden.

Ihre Natur ist, wie schon berührt, bei der einen Gruppe von Rechten eine ganz anders geartete, als bei der andern Gruppe. Während die blosser Willenserklärung bei drei Rechten eine sehr intensive Wirkung zeigt, nämlich die vollständige Consumption des Wahlrechtes herbeiführt, muss bei den übrigen drei Rechten, um diese geltend zu machen und die Consumption des Wahlrechtes zu bewirken, ausser der Willenserklärung noch ein vom Gesetz ausdrücklich verlangtes positives Handeln hinzukommen. Was folgt hieraus?

Dass die Willenserklärung bei drei Rechten (Rücktritt des Fixkäufers, Rücktritt des Fixverkäufers, Schadenersatzrecht des Fixkäufers), eben weil sie consumirend wirkt, auch die Folgen der Consumption theilt, mit anderen Worten: sie verpflichtet nicht nur, sondern berechtigt auch den nicht säumigen Contrahenten, das gewählte Recht geltend zu machen. Erklärt also der Fixkäufer ausdrücklich: ich trete zurück oder ich will Schadenersatz wegen Nichterfüllung, so ist er hiezu nicht weniger verpflichtet und berechtigt, als der Fixverkäufer zum Rücktritt dann verpflichtet und berechtigt ist, wenn er das Rücktrittsrecht *expressis verbis* gewählt hat. Das Wahlrecht ist eben in diesen drei Fällen durch die blosser Willenserklärung consumirt und der nicht morose Contrahent einerseits verpflichtet und anderseits berechtigt, das Residuum der Consumption und nur dieses geltend zu machen. Davon macht auch keine

⁸⁾ Vgl. Auerbach: Das neue Hdg. II. Abth. p. 83.

Ausnahme die Thatsache, dass der Fixkäufer die schon angestellte resp. mitgetheilte Schadenersatzklage oftmals fallen lässt und nachträglich erklärt, den Vertrag als nicht geschlossen ansehen zu wollen. In der Regel wird dies nämlich keiner Schwierigkeit desswegen unterliegen, indem darin gewöhnlich nur ein Verzicht auf einen Anspruch liegt und der säumige Schuldner kein Interesse diesem entgegenzutreten haben wird. Dass jedoch unter Umständen der Schuldner, welchem das Schadenersatzrecht einen grösseren Vortheil als das Rücktrittsrecht gewährt, sehr wohl darauf bestehen kann, dass es bei der Schadenersatzklage sein Verbleiben habe, ist zweifellos⁹⁾. Kniep (a. a. O. II, p. 607) weicht auch hier von der eben angeführten Ansicht ab. Er sagt (p. 607): „Anlangend das Schadenersatzrecht wegen Nichterfüllung und das Rücktrittsrecht zu einander, so wird man einem Gläubiger, der anfangs Schadenersatz wegen Nichterfüllung beanspruchte, gestatten müssen, auch noch nachher vom Vertrage zurückzutreten. Denn ein solcher Gläubiger mindert seinen Anspruch nur ab“ etc. Es ist dies eine Consequenz jenes Principes, welches Schadenersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt im engern Sinn unter den Oberbegriff Rücktritt im weitern Sinne zusammenfasst. Trotzdem also der Fixkäufer des Bestimmtesten erklärt hat: ich will Schadenersatz wegen Nichterfüllung, ist er nach Kniep an diese Erklärung gar nicht gebunden, sondern kann beliebig wieder davon abgehen und das Rücktrittsrecht geltend machen. Denn Letzteres ist ja, wie Kniep sagt, blos ein Minus des Schadenersatzrechtes wegen Nichterfüllung. Diese Ansicht von Kniep ist unrichtig, will man nämlich nicht die Grundsätze, welche aus allgemeinen Rechtsprincipien und gesetzlichen Vorschriften folgen, gänzlich aufgeben. Sie zeigt aber auch, dass jene Basis, auf welcher sie ruht (scil. dass Schadenersatz wegen Nichterfüllung ein Rücktrittsrecht mit einem Plus sei), unhaltbar ist¹⁰⁾.

Wie ganz anders aber ist die Willenserklärung bei derjenigen Gruppe von Rechten beschaffen, bei welcher zur Consumption des Wahlrechts ausser der Willenserklärung auch noch vom Gesetz ein positives Handeln des Wahlberechtigten gefordert wird. Da hier die Willenserklärung für sich allein keine consumirende Kraft besitzt, so ist ihr auch die Wirkung der Consumption, das ist das verpflichtend-berechtigende Moment, nicht inhärend. Erst durch das Hinzutreten

⁹⁾ v. Völderndorff in Busch Archiv IX, p. 172 und folgende.

¹⁰⁾ Eine Widerlegung dieser Ansicht siehe im § 6 β pag. 98 und folgende.

der vom Gesetze ausdrücklich geforderten Handlungen kann von einer Consumption des Wahlrechts gesprochen werden.

Da wir hier auf die speciellen Merkmale dieser gesetzlichen Requisite nicht eintreten, sondern dieselben unter den Erfordernissen zur Geltendmachung der einzelnen Wahlrechte näher erörtern, so beschränken wir uns an dieser Stelle darauf, die für die Geltendmachung der drei Rechte (Recht der Naturalerfüllung nebst Schadenersatz bei Verzug des Fixverkäufers resp. Fixkäufers und das Verkaufsrecht nebst Schadenersatz des Fixverkäufers) geforderten gesetzlichen Requisite im Allgemeinen anzugeben. Diese Requisite bestehen für das Recht der Naturalerfüllung nebst Schadenersatz in einer diesbezüglichen, sofort nach Eintritt der Mora abzugebenden Willenserklärung (Art. 357, Abs. 1), und für das Verkaufsrecht nebst Schadenersatz in einem sofortigen, ordnungsgemässen Verkauf der Waare (Art. 357 Abs. 2). Erklärt also der Fixverkäufer resp. der Fixkäufer, dass er das Recht der Naturalerfüllung nebst Schadenersatz geltend machen wolle, gibt aber diese seine Erklärung nicht sofort nach Eintritt des Verzuges ab, so ist das Wahlrecht ebenso wenig consumirt, als in demjenigen Falle, in welchem der Fixverkäufer der säumigen Partei zwar ausdrücklich mittheilt, dass er die Waare auf ihre Rechnung verkaufen wolle, es hingegen an einem sofortigen und ordnungsgemässen Verkauf der Waare fehlen lässt. Im einen, wie im andern Falle kann von einer *Berechtigung* des nicht säumigen Contrahenten zur Ausübung des erklärten Rechtes nicht die Rede sein. Würde er sich dennoch eine solche Berechtigung anmassen, so stünde der Gegenpartei die Einrede zu: du hast nicht sofort angezeigt resp. nicht sofort und ordnungsgemäss verkauft und kannst deswegen die Vertragserfüllung resp. Schadenersatz nicht beanspruchen.

Unbestritten liegt auf der Hand, dass eine Willenserklärung ohne Beobachtung der vom Gesetze verlangten Requisite unmöglich zur Geltendmachung der drei genannten Rechte resp. zur Consumption des Wahlrechtes hinreicht. Allein, wenn sie auch der intensiven Wirkung der Consumption ermangelt, so ist doch ihre Abgabe keineswegs irrelevant. Vielmehr darf behauptet werden, dass die Willenserklärung bei dieser Gruppe von Rechten auch ohne Hinzutreten der vom Gesetze geforderten Handlungen dennoch von sehr erheblicher, rechtlicher Bedeutung ist. Welches ist diese rechtliche Bedeutung?

Keine andere, als die jeder auf eine rechtliche Wirkung (Entstehung, Aenderung oder Endigung eines Rechtsverhältnisses) gerichteten Willenserklärung. Der Erklärende ist an seinen *Erklärungsinhalt* ge-

bunden und derjenige, gegenüber welchem diese Willenserklärung abgegeben wurde, berechtigt, den Erklärenden an seiner Willenserklärung zu behaften. M. a. W.: Während die consumirende Willenserklärung für den nicht säumigen Contrahenten *verpflichtend wie berechtigend wirkt*, übt die für sich allein nicht consumirende Willenserklärung eine *bloss verpflichtende Wirkung*, nicht aber zugleich eine berechtigende Wirkung aus. Dieser Satz auf die drei Fälle (Naturalerfüllung nebst Schadenersatz bei Verzug des Fixverkäufers resp. des Fixkäufers und Verkaufsrecht nebst Schadenersatz bei Verzug des Fixkäufers) angewendet, ergiebt:

Die verspätete (nicht sofort nach Eintritt des Verzugs abgegebene) Willenserklärung des Wahlberechtigten auf Naturalerfüllung nebst Schadenersatz bestehen zu wollen, begründet einerseits keine Rechte des Erklärenden, bindet ihn aber anderseits an das Erklärte, freilich *nicht kraft des Gesetzes* (Art. 357, Abs. 1), sondern auf Grund *eines neu zu Stande gekommenen Vertragswillens*. Man könnte vielleicht versucht sein, den Wortlaut des Art. 357, Abs. 1: „Unterlässt er die unverzügliche Anzeige, so kann er später nicht Erfüllung bestehen,“ in dem Sinne zu interpretiren, dass der nicht säumige Contrahent, welcher gleich nach Eintritt des Verzuges die Anzeige unterlassen, später auch nicht mit Uebereinstimmung der Gegenpartei die Naturalerfüllung verlangen könne, resp. dass die nicht säumige Partei, wenn sie die auf Naturalerfüllung gehende Willenserklärung zu einer spätern Zeit dem andern Theile mitgetheilt und von diesem dafür die Zustimmung erlangt habe, nach Belieben den Entschluss ändern könne, indem sie sich auf den Schlusssatz des Art. 357, Abs. 1 beruft, welcher ihr das Wahlrecht der Naturalerfüllung zu einer spätern Zeit unbedingt versage. Wir erinnern uns hiebei folgenden von einem Richter uns mitgetheilten Falles, den wir in keinem Archive erwähnt gefunden haben: Der Fabrikant H. in Nürnberg hatte die Lieferung von 5000 Stück Gewehrkolben übernommen. Die Lieferzeit war genau festgesetzt vom 1. Mai bis 1. August 1864. Am 1. August hatte H. dem Käufer F. bloss 2000 Stück zugesandt. F. machte das Recht der Naturalerfüllung nicht sofort nach Eintritt des Verzuges geltend, sondern wartete 14 Tage und schrieb dann dem Fabrikanten H., dass er auf dem Rechte der Naturalerfüllung nebst Schadenersatz bestehe. H. hatte es in seiner Hand auf diesen Vorschlag einzugehen oder denselben gemäss Art. 357, Abs. 1 als verspätet zurückzuweisen. Er wählte das Erstere, indem es ihm sehr erwünscht war, die in kurzer Zeit fertig gestellten 3000 Stück Gewehr-

kolben nachzuliefern. Nun aber fiel es der nicht säumigen Partei auf einmal ein, dass es für sie weit günstiger gewesen wäre, die zweite Alternative des Art. 355 zu wählen und da sie unterrichtet war, dass das H. R. in Art. 357, Abs. 1 bei Verzug in Erfüllung von Fixgeschäften dem nicht säumigen Käufer das Wahlrecht der Naturalerfüllung nebst Schadenersatz bloss dann gestatte, wenn derselbe gleich nach Eintritt des Verzuges dem nicht säumigen Verkäufer Anzeige mache, so glaubte sie von ihrer nicht im Einklang mit dem Gesetze stehenden Willenserklärung abgehen zu dürfen. Aber das Gericht entschied mit Recht anders. In Erwägung, dass die sämmtlichen Bestimmungen des Art. 357 bloss dann in Anwendung kommen können, wenn der Wille der beiden Contrahenten sowohl vor, als nach Abschluss des Vertrages nichts Anderes entschieden habe, mit andern Worten, dass der ganze Art. 357 durchaus dispositiver Natur sei, so könne F. von seiner abgegebenen, von der Gegenpartei acceptirten Willenserklärung nicht mehr zurück, sondern sei daran gebunden. (Vergleiche § 8.)

Ebenso verhält es sich mit dem Verkaufsrecht des nicht säumigen Fixverkäufers. Seine ausdrückliche Erklärung, dasselbe geltend machen zu wollen, genügt noch keineswegs, um eine sowohl berechtigende, wie verpflichtende Wirkung hervorbringen zu können. Die Willenserklärung einerseits und ein regelrechter Verkauf der Waare anderseits (Art. 343 und Art. 357, Abs. 2) sind die beiden Requisite zur wirksamen Ausübung dieses Rechtes resp. zur Consumption des Wahlrechtes. Die blosse Willenserklärung, dass man die zweite Alternative des Art. 354 wähle, vermag also auch hier, wie oben (beim Wahlrecht der Naturalerfüllung) den Erklärenden höchstens zu binden, ihn aber nicht zu berechtigen. Hat der nicht säumige Verkäufer einmal erklärt, dass er behufs Verwirklichung des Schadenersatzanspruches den Weiterverkauf der Waare vornehmen wolle, so ist er auf diese Erklärung hin niemals dazu berechtigt, den Schadenersatz geltend zu machen, wohl aber kann der säumige Käufer verlangen, dass dem Erklärungsinhalt von *Seite des Verkäufers nachgelebt werde*. Sucht der Letzere, nachdem die Willenserklärung bereits abgegeben, einen regelrechten Verlauf aus irgend welchen Gründen zu hintertreiben, so wird die Gegenpartei nach ihrem Belieben den Verkäufer an den erklärten Willen behaften dürfen oder in Uebereinstimmung mit dem Verkäufer des letztern Handlungsweise billigen können. „Wenn ein Fixverkäufer, sagt Prof. Fick,¹¹⁾ sich in

¹¹⁾ Fick. Ueber börsenmässige Lieferungsverträge in der Gestalt des Commissionsgeschäftes, Retentionsrecht. Voraussetzungen und Wirkungen der Mora des Lieferungspflichtigen. Ein Rechtsgutachten pag. 53.

gehöriger Weise im Sinne des Art. 357 für den Weiterverkauf entschieden hat, dann aber *nicht sofort* verkauft, sondern den Verkauf verzögert, so trifft ihn keineswegs der Rechtsnachtheil, dass nun der säumige Fixverkäufer nachträglich Naturalerfüllung erzwingen könne. Eine solche Verzögerung des Weiterverkaufs hat vielmehr nur die Folge, dass der säumige Käufer je nach seiner Convenienz den Verkäufer als vom ganzen Geschäfte zurückgetreten betrachten oder die Cursdifferenz zwischen dem Tage wo der Weiterverkauf hätte vorgenommen werden sollen und dem Tage, wo er vorgenommen ist, fordern kann.“

Ist aber die ausdrückliche Willenserklärung nicht vor sondern nach gültig vollzogenem Verkauf abgegeben worden, so ist sofort nach Abgabe derselben eine Consumption des Wahlrechts eingetreten. Denn die zur Geltendmachung des Verkaufsrechts nebst Schadenersatz nothwendigen Erfordernisse sind seitens des wahlberechtigten Contrahenten beobachtet. Der Verkäufer ist jetzt nicht bloss an seinen Erklärungsinhalt gebunden, sondern er ist auch zur Ausübung des erklärten Wahlrechts vollkommen berechtigt.

Eine solche nach bewirktem Verkauf abgegebene Willenserklärung wird immer darin gefunden werden müssen, dass der Fixverkäufer von dem vollzogenen Verkauf dem Käufer ungesäumt Anzeige macht. Denn diese unverzügliche Anzeige des Art. 357, Abs. 2 hat ja gerade den Zweck, den Fixkäufer vor Schaden dadurch zu bewahren, dass man ihn sofort in Kenntniss setzt, welches von den drei Rechten man gewählt habe. Allein dass eine spätere, nicht unverzüglich nach vollzogenem Verkaufe abgegebene Willenserklärung eine Consumption des Wahlrechtes ebenso bewirkt, wie eine unverzügliche Anzeige, geht schon daraus hervor, dass auch ein gänzlicher Mangel dieser unverzüglichen Anzeige keineswegs zu bewirken im Stande ist, dass der Fixverkäufer sein Schadenersatzrecht später doch geltend machen kann (wenn er nur einen ordnungsgemässen Verkauf bewirkt hat) und anderseits auch aus dem Umstande, dass jene unverzügliche Anzeige blos den Zweck hat, den Fixkäufer vor Schaden zu sichern, in allen jenen Fällen also, in welchen der Fixkäufer durch eine nicht sofortige Anzeige keineswegs geschädigt wird, diesen Zweck verliert und füglich weggelassen werden kann.¹²⁾

¹²⁾ Ueber diese „ungesäumte Anzeige“, die eine vollständige Nachbildung der in Art. 343 berührten Anzeige ist, folglich auch *nur insoweit*, als *es thunlich ist*, abgegeben zu werden braucht, vergleiche noch § 5 *β*, an welcher Stelle wir die „unverzügliche Anzeige“ als ihrem Zwecke nicht entsprechend bezeichneten.

§ 5 b. Verzug des Fixkäufers in Bezahlung des Kaufpreises; Rechte des Fixverkäufers.

Im Allgemeinen.

Die Unterlassung der rechtzeitigen Erfüllung des Kaufvertrages seitens des Käufers durch Nichtzahlung des Kaufpreises gehört, wie schon erwähnt, zu den häufigsten Störungen des Handelsverkehrs. Einerseits liegt dies, wie Auerbach (das Handelsgesetz) treffend bemerkt, in der Natur der Sache, insofern jener Verkehr zum grössern Theile auf Käufen und Verkäufen beruht, die das Grundelement des Handels, als des allgemeinen Umatzes der Verkehrsgegenstände bilden, anderseits aber wirkt hierauf auch der Umstand ein, dass ausser dem *Nichtkönnen* des Käufers auch das *Nichtwollen* eine grosse Rolle in einem Gebiete spielen muss, in welchem oftmals nicht der Bedarf, sondern die Speculation, die Hoffnung auf Steigen und Sinken des Preises, die Geschäftsabschlüsse veranlasst und die Hoffnung gerade hier am leichtesten getäuscht werden kann, weil oft unvorherzusehende und unberechenbare Ereignisse einen Preiswechsel nach der der Speculation entgegengesetzten Richtung bewirken. Auf einen Umschlag der Preise wartend, zögert der Handelsmann am Zahlungstage mit der schuldigen Leistung. So erklärt sich auch die häufige Erscheinung, dass jede politische oder finanzielle Krisis oder auch nur Eventualität eine Menge von Verzögerungen in Erfüllung der Handelskäufe im Gefolge hat, dass z. B. ein eingetretenes Sinken der Preise mit einem Verzug auf Seiten des Käufers, ein Steigen der Preise mit einem Verzug auf Seiten des Verkäufers verbunden ist.

Diese Bemerkung, welche von Auerbach hinsichtlich der gewöhnlichen Lieferungsgeschäfte gemacht wird, hat natürlich ihre Richtigkeit auch bei den Fixgeschäften. Dem Rechte wird es obliegen, die schädlichen Wirkungen eines solchen Verzugs so viel als möglich auszugleichen, indem es der geschädigten Partei Rechte gewährt, um sie schadlos zu halten. Inwiefern das H. G. B. die Interessen des nicht morosen Verkäufers zu wahren weiss, ergibt sich, wie schon im § 3 angegeben, aus Art. 357, Abs. 1 und 2, sowie Art. 354 und 343.

Die Voraussetzung des Art. 354, dass zur Ausübung der drei Wahlrechte ausser der Bedingung einer mora im technischen Sinn, noch ein weiteres Requisit erforderlich sei, dass nämlich die verkaufte Waare *noch nicht übergeben (tradirt) sei*, trifft auch beim Fixgeschäft zu. —

Diese Bestimmung des Art. 354 ist nur bei einer Art von Fixgeschäften nicht zutreffend, nämlich bei denjenigen, bei *welchen der Kaufpreis creditirt wird*. Entweder ist nämlich das Fixgeschäft per comptant abgeschlossen, was im Zweifel immer zu präsumiren ist (Art. 342, Abs. 3), dann bleibt, da Zug um Zug geleistet wird, die Waare bis zur Zahlung in der Hand des Käufers. Oder es ist ein Fixgeschäft abgeschlossen, bei welchem der Kaufpreis zu pränumeriren ist, in welchem Falle ein Zahlungsverzug unter allen Umständen eine noch nicht geschehene Uebergabe der Waare voraussetzt. Oder es ist drittens ein Fixgeschäft abgeschlossen, bei welchem der Kaufpreis creditirt ist, dann, aber nur in diesem einzigen Falle, kann es vorkommen, *dass eine Uebergabe der Waare der Bezahlung des Kaufpreises vorhergeht*. Doch ist auch hier nicht ausgeschlossen, dass ein Zahlungsverzug im Sinne des Art. 354 eintreten kann, freilich setzt dann dieser Zahlungsverzug einen vorherigen Verzug in Empfangnahme der Waare voraus. (V. v. Hahn, Commentar z. Art. 357).

Wie es sich in dem Falle verhalte, wenn eine theilweise Uebergabe der Waare erfolgte, der Fixverkäufer also seinerseits theilweise erfüllt hat, darüber hat das H. G. B. Bestimmungen zu treffen unterlassen. So zweifellos hier die Anwendung des Art. 354 mit Bezug auf die übergebene Waare unbedingt unzulässig ist, so fraglich ist die Anwendung des Art. 354 rücksichtlich des noch nicht tradirten Theils der Waare. Bezüglich dieser Streitfrage macht Kniep (a. a. O. pag. 108, einen den Billigkeitsrücksichten wohl entsprechenden Vorschlag, indem er die Anwendung, beziehungsweise die Nichtanwendung des Artikels von dem Umstande abhängig macht: ob der Preis nach Maass, Zahl und Gewicht festgesetzt worden, oder ob ein sogenannter Bausch- und Bogenpreis verabredet sei. Im letzten Falle kann, sagt Kniep, keinesfalls von unserm Art. 354 die Rede sein, der Verkäufer z. B. die Befugniß haben, in Bezug auf die noch nicht übergebene Waare einen Vertrag als nicht geschlossen zu betrachten. Denn dies würde eine minutiöse Ausrechnung zur Folge haben müssen, wie viel von dem Bausch- und Bogenpreise auf die übergebene Waare, und wie viel davon auf die nicht übergebene Waare komme. Eine solche Rechnerei wäre aber ganz dem Geiste des Artikels zuwider, der desshalb dem Verkäufer ein dreifaches Wahlrecht beilegte, um eine möglichst schnelle Abwicklung, eine möglichst schnelle Beseitigung der krankhaften Obligation herbeizuführen. Dagegen in dem Falle, wo der Preis nach Maass, Zahl oder Gewicht festgesetzt worden, wird man unsern Artikel

auch bei theilweiser Uebergabe der verkauften Waare in Bezug auf den noch nicht übergebenen Theil anwenden etc.

Bei der Darstellung der durch Art. 354 dem Fixverkäufer gewährten drei Wahlrechte erscheint es vielfach als geboten, um die principalen Abweichungen des Fixgeschäftes von den gewöhnlichen Lieferungs- geschäften hervortreten zu lassen, auf Letztere Bezug zu nehmen, dies um so mehr, da sich die drei Rechte des Fixverkäufers ebenfalls bei den Kaufgeschäften ohne genau und festbestimmte Erfüllungszeit, natürlich in modificirter Gestalt, vorfinden. Ebenso wird oftmals ein näheres Eintreten auf die Verhandlungen der Nürnbergerconferenz zu einem richtigen Verständniss der jetzigen Gesetzesredaction nicht unbegründet erscheinen.

α. Das Recht der Erfüllung nebst Schadenersatz.

Dass beim Fixgeschäft eine frühere oder spätere Erfüllung eine wesentlich andere, als die bedungene ist, daher die Wirkung des Vertrages durch den Ablauf der festbestimmten Zeit oder Frist begrenzt sei und eine spätere Erfüllung weder gefordert, noch geleistet werden könne, war principiell auch von der Nürnbergerconferenz anerkannt, allein die strictesten Consequenzen daraus zu ziehen, wagte man nicht. Und mit vollem Recht.

Der preussische Entwurf zu einem Handelsgesetzbuche, welcher bei den Verhandlungen der Nürnbergerconferenz als Basis diente, hatte die Bestimmung, dass wenn am Lieferungstage das Geschäft nicht erfüllt werde, der Vertrag sich in die Verpflichtung des Nichterfüllenden zum Schadenersatze auflöse¹⁾. Mit voller Entschiedenheit wurde indessen bei Berathung des Entwurfs zu einem a. deutschen H. G. B. hiegegen geltend gemacht, dass eine solche Bestimmung der Wirklichkeit widerstrebe. Dem Contrahenten, welchem nicht erfüllt werde, müsse das Recht zugestanden, aber nicht die Pflicht auferlegt werden, mit jener Differenz zufrieden zu sein. Der säumige Käufer soll ihm nicht statt der wirklichen Zahlung die Differenz aufdrängen dürfen. (Protocolle 672).

¹⁾ In seinen Motiven pag. 146 heisst es: Eine frühere oder spätere Erfüllung würde wesentlich eine andere als die bedungene sein; sie würde bei anderm Curse gleichsam eine ganz andere Waare zum Gegenstand haben und ein unstatthafte Speculiren auf den Börsencurs auf Kosten des Mitcontrahenten in sich schliessen. Daher werden die Wirkungen des Vertrages durch den Tag oder die Frist begrenzt und eine frühere oder spätere Erfüllung könne weder gefordert noch geleistet werden. Es bedürfe keiner weitem Erörterung darüber, dass eine spätere purgatio moræ unstatthafte sei“ etc. Der gleichen Ansicht hat auch das Berliner Obertribunal lange Zeit hindurch gehuldigt.

Der bekannte Rechtsgrundsatz, dass Niemand aus seinen unrechten Handlungen Vorthail ziehen solle, muss auch beim Fixgeschäft volle Berücksichtigung finden. Die nicht rechtzeitige Bezahlung des Kaufpreises trägt das Kleid einer unrechten Handlung. Der säumige Käufer kann und soll sich daher der Erfüllung einer Verbindlichkeit nicht entziehen, indem er sich darauf beruft, die Zeit, innerhalb derer er hätte erfüllen sollen, sei verflossen. Vielmehr ist er umsomehr verpflichtet, dasjenige, was er heute hätte thun sollen, aber nicht gethan hat, morgen nachzuholen. Von diesem Gedanken ist auch die Nürnbergerconferenz ausgegangen, als sie in der zweiten und dritten Lesung des Entwurfs bei Verzug in Erfüllung eines fixen Lieferungskaufes, dem nicht säumigen Contrahenten, ausser den beiden Wahlrechten des Schadenersatzes und des Rücktrittes, noch dasjenige der Erfüllung nebst Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung gestattete.

Ist man nun in dieser Hinsicht dem genannten Principe (scil. dass eine spätere, als die vereinbarte Erfüllung beim Fixgeschäft unmöglich sei) keineswegs gefolgt, so hat man sich doch demselben in einer Weise wieder zu nähern gesucht und zwar durch die Bestimmung, dass, wenn zur genau und festbestimmten Zeit nicht geliefert ist, eine spätere Erfüllung des Vertrages nur dann gefordert werden könne, wenn hievon der säumige Käufer durch eine unverzügliche Anzeige seitens des nicht morosen Verkäufers benachrichtigt werde. Es unterliegt keinem Zweifel, dass durch diese strenge Vorschrift der Anzeigepflicht das Recht der Erfüllung nebst Schadenersatz zu Gunsten der zwei andern Rechte: des Rücktritts und des Schadenersatzes sehr beschränkt worden ist. Und in der That zeigt ein Blick in die zahlreichen oberhandelsgerichtlichen Entscheidungen und Urtheile anderer Gerichte, dass in den meisten Fällen der nicht säumige Contrahent vom Recht auf Erfüllung nebst Schadenersatz gar keinen Gebrauch macht und in den wenigen Fällen, wo dies geschieht, der Richter wegen nicht sorgfältiger Beobachtung der Gesetzesvorschriften nicht selten auf Abweisung der Klage erkennen muss²⁾.

²⁾ Die Bemerkung Dr. Ladenburg's (Die Börsengeschäfte, pag. 451) trifft hier vollständig zu: „Der nicht säumige Contrahent wird aber beim Verzug des andern Contrahenten selten auf hinterherige Leistung klagen, indem sich ihm sehr viele Schwierigkeiten darbieten. Ueberdies wird (pag. 662) an der spätern Erfüllung derartiger Verträge meistens gar kein Interesse bestehen, was vielleicht darin seine Rechtfertigung findet, dass bei Gegenständen, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben, ein Ankauf oder Verkauf jeden Augenblick bewerkstelligt werden kann.

Während also bei den gewöhnlichen Lieferungsgeschäften ohne fixen Lieferungstermin oder fixe Lieferungsfrist die Klage auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung als das Normale angesehen wird (Art. 356) und daher die Regel bildet, verhält es sich bei den Fixgeschäften gerade umgekehrt. Hier bildet die Klage auf Schadenersatz³⁾ (nach erfolgtem Verkauf) oder Rücktritt die Regel. Die Natur des Fixgeschäftes erfordert dies und mit Recht äussert sich hierüber eine Entscheidung des Ober-Appellationsgerichtes in München: Juristisch betrachtet erscheint das Fixgeschäft als ein unter der Bedingung, dass zur festgesetzten Zeit oder Frist erfüllt werde, abgeschlossenes, mit der ganz anomalen gegen die Natur des gem. Rechts bestimmten Folge, dass trotz der nicht eingetretenen Bedingung das Geschäft immer noch unter gewissen Voraussetzungen wirksam bleibt oder sich in ein ganz anderes Rechtsverhältniss verwandelt.“ (Conferenzprotocolle p. 1405. 4600. Goldschmidt, Zeitschrift f. H. IX, p. 574).

Was unter der unverzüglichen Anzeige zu verstehen sei, insbesondere was deren Voraussetzungen, ihre juristische Natur und Wirkungen anbetrifft, ergibt sich aus Folgendem:

1. Voraussetzungen: Damit die Anzeige rechtliche Wirkungen hervorzubringen im Stande sei, ist erforderlich:

a) dass sie nach Ablauf des Stichtages erfolge; denn vor Eintritt desselben ist überhaupt kein Wahlrecht vorhanden, folglich auch keine Ausübung desselben möglich (R. O. H. G. V pag. 173). Eine Ausnahme hievon haben wir sub. pag. 67 kennen gelernt. Das Reichsoberhandelsgericht hat auch in mehreren seiner Entscheidungen (R. O. H. G. XIII, pag. 136, XVI pag. 293) solche Ausnahmen zu Recht anerkannt.

b) Dass die Anzeige unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder der Frist geschehe. In der zweiten Lesung des Entwurfs war bestimmt: „Nach Ablauf *des Tages* oder der Frist“. Diese Bestimmung wurde aber wieder fallen gelassen und die jetzige Fassung acceptirt und zwar, wie sich die Protocolle ausdrücken, aus folgenden Gründen (pag. 5081): „es dürfe nicht übersehen werden, dass bei den in Rede stehenden

³⁾ In dieser Beziehung zeigt das moderne Fixgeschäft mit dem römischen Kaufe etwelche Aehnlichkeit. Bei letzterem ging das Urtheil selbst bezüglich Nichtgeldleistungen niemals auf das Kaufsobject, sondern immer nur auf Schadenersatz in Geld. Erst eine spätere Zeit (Ulpian) hat mit dem Institut der *Actiones arbitrariae* die römischen Formeln zu zerbrechen begonnen und neben dem Schadenersatzanspruch auch eine Verurtheilung des Verklagten auf den eingeklagten Gegenstand selber zugelassen.

Geschäften die Lieferungszeit oftmals nicht bloss nach *Tagen*, sondern auch nach Tageszeiten, Stunden u. dergl. normirt werde. In solchen Fällen würde es ungerechtfertigt sein, demjenigen Contrahenten, welcher auf der Erfüllung des Kaufgeschäftes bestehen wolle, bis zum nächstfolgenden Tag Zeit zu lassen, z. B. wenn für das Kaufsobjekt an der betreffenden Börse täglich mehrmals zu bestimmten Zeiten Cursnotirungen vorgenommen wurden und zur Zeit der ersten Cursbildung hätte geliefert und empfangen werden müssen. In einem solchen Falle könne der nicht säumige Contrahent nicht verlangen, dass ihm zur Abgabe der Erklärung bis zum andern Tage Zeit gelassen werde. Es müsse daher statt „Tages“ „Zeit“ gesetzt werden. Dadurch werde auch keinem der Betheiligten zu nahe getreten; es genüge vielmehr der Ausdruck „unverzüglich“, um den beiderseitigen Interessen gerecht zu werden; denn es werde in jedem einzelnen Falle Sache des Richters sein, zu unterscheiden, was unter „unverzüglich“ zu verstehen sei.“⁴⁾

Hieraus ergibt sich, dass es unmöglich ist, eine allgemein bestimmte Regel für die Unverzüglichkeit der Anzeige aufzustellen, dass vielmehr die Beurtheilung sich nach den Verhältnissen des einzelnen Falles zu richten hat. Ist z. B. ein Glockenschlag, eine Stunde, der Beginn oder der Schluss der Börse bestimmt, an welchem oder bis zu welchem der Käufer den Kaufgegenstand zu liefern hat, so wird es mit der Unverzüglichkeit der Anzeige sehr streng zu nehmen sein und der Verkäufer angehalten werden können, die Anzeige unmittelbar nach Ablauf der Lieferzeit telegraphisch zu machen. Wurde hingegen unter den Contrahenten die Vereinbarung getroffen, dass an einem oder bis zu einem bestimmten Tage geliefert werden müsse, so hiesse es gewiss zu weit gegangen, wenn man eine an dem auf den Verfalltag folgenden Tag geschehene Anzeige nicht als „unverzüglich“ ansehen wollte.

c) Die unverzügliche Anzeige muss, wenn auch für sie eine bestimmte Form der Abgabe nicht vorgeschrieben ist, dennoch auf's Unzweideutigste die Absicht des nicht säumigen Verkäufers, auf Erfüllung bestehen zu wollen, ergeben. Notarielle Proteste des Inhalts: „dass protestirt werde wegen Nichterfüllung unter Vorbehalt aller Rechte“, vermögen keinesfalls die Kraft auszuüben, dass auf Grund derselben eine regelrechte Anzeige im Sinne des Artikel 357, Absatz 1, begründet werde (R. O. H. G. XVI pag. 293).

⁴⁾ Vergl. Der Kaufcontract im Handelsrecht von Wolff im Centralorgan für H.R., N. F. I. II, pag. 221; Busch, Archiv V, 329; Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen in Bayern I, pag. 561.

Die juristische Natur und die Wirkungen der gehörig erfüllten Anzeigepflicht anlangend, ist zu bemerken: In dem Momente, in welchem der Erfüllungstermin eintritt, ohne dass von Seiten des Lieferungs-pflichtigen (in unserem Falle des Käufers) erfüllt wurde, verwandelt sich u. E. auf Seiten des nicht säumigen Contrahenten (in unserem Falle des Verkäufers) das Recht auf Vertragserfüllung, welches bisanhin einen absolut unbedingten Charakter an sich trug, *in ein inhaltsgleiches, aber mit einer Suspensivbedingung versehenes Recht auf Vertragserfüllung*. Suspensiv bedingt insofern, als der nicht säumige Verkäufer einen Anspruch auf Erfüllung bloss dann hat, wenn er der gesetzlich vorgeschriebenen unverzüglichen Anzeigepflicht Genüge leistet. Diese Anzeigepflicht characterisirt sich also als eine Suspensivbedingung und deren Wirkungen sind analog denjenigen der ausgefallenen resp. erfüllten Suspensivbedingung zu beurtheilen.

Ist daher die Anzeigepflicht erfüllt, mit andern Worten der säumige Contrahent hat allen hierauf bezüglichen Anforderungen ein Genüge geleistet, dann bestehen die Wirkungen der erfüllten Anzeigepflicht darin, dass an die Stellung der Hoffnung sofort (*ipso jure*) das Recht selbst tritt. Die rechtzeitig ausgeübte Anzeigepflicht ist demnach nicht nur wesentliche Voraussetzung für die Klage auf Naturalerfüllung, sondern wirkt auch konsumirend für die zwei übrigen Rechte.

Erfüllt der säumige Contrahent trotz regelrechter Anzeige dennoch nicht, so hört das Fixgeschäft, sofern die Erfüllung nicht auf eine genau bestimmte Zeit prolongirt ist, auf, als solches zu existiren, da demselben die besondere Natur der pünktlichen Einhaltung einer fixen Lieferungszeit nicht mehr anhaftet. Es treten dann die allgemeinen Bestimmungen des Artikel 356 in Kraft, wonach der nicht säumige Contrahent, falls er nunmehr Schadenersatz oder Rücktritt wählt, verpflichtet ist, hievon dem säumigen Contrahenten Anzeige zu machen. So kann ein ursprüngliches Fixgeschäft, trotzdem der nicht säumige Contrahent alles gethan, was zur wirksamen Ausübung des Rechts der spätern Erfüllung gehört, sich zu Ungunsten des Erfüllungsbereiten und zu Gunsten des säumigen Contrahenten in ein nach Artikel 356 zu beurtheilendes Kaufgeschäft verwandeln. Um diesem Uebelstande vorzubeugen, wird daher der nicht morose Verkäufer gut thun, wenn er die Prolongation der Erfüllung auf ganz genau bestimmte Zeit hinausrückt.

Gemeinhin pflegt man zu sagen: die Anzeige des Artikel 357 versehe rücksichtlich des Rechtes der Erfüllung die gleiche Function,

wie diejenige des Artikel 356 hinsichtlich des Rechtes des Schadenersatzes und Rücktrittes. Allein die Anzeigepflicht des Artikel 357 Abs. 1 hat eine ganz andere Natur, als diejenige des Artikel 356, abgesehen davon, dass sie, wie schon berührt, bei einem ganz andern Rechte zur Anwendung kommt und das Merkmal der Unverzüglichkeit an sich trägt. Die Anzeige des Artikel 357 bezweckt bloss und allein, die Erfüllung nebst Schadenersatz herbeizuführen. Die Anzeige des Artikel 356 hat einen andern Zweck. Principaliter will sie dem nicht säumigen Contrahenten das Schadenersatzrecht resp. Rücktrittsrecht sichern; subsidiär aber verfolgt sie die nämlichen Ziele, wie die Anzeige des Artikel 357, indem sie eine *purgatio moræ* gestattet.⁵⁾

Inhalt des Rechtes der Erfüllung nebst Schadenersatz.

Wenn der Fixverkäufer auf der Erfüllung des Fixgeschäftes besteht, indem er diesen seinen Willen der morosen Partei ungesäumt nach Eintritt des Verzuges mittheilt, so hat der säumige Fixkäufer gegen sofortige, beziehungsweise beim Pränumerationskaufe spätere Uebergabe der Waare, Zahlung des Kaufpreises und Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung zu leisten. Der Anspruch des nicht morosen Fixverkäufers setzt sich also aus einem Doppelten zusammen:

1. Bezahlung des vereinbarten Kaufpreises,
2. Schadenersatz (Interesse) wegen verspäteter Erfüllung.

Wie wird der letztere berechnet?

Die Berechnung des Schadenersatzes bei Geldleistungen bewegte sich von jeher auf einem etwas unsicheren Terrain. Es ist dies auch natürlich. Denn im concreten Falle stellt es sich oft geradezu als Unmöglichkeit heraus, mit nur annähernder Sicherheit anzugeben, auf welche Weise der nicht morose Contrahent die rechtzeitige Geldleistung würde verwendet haben, welche Interessen er durch die nicht rechtzeitige Leistung eingebüsst etc. Geld kann zu jeder Zeit und unter allen Umständen Verwendung finden und gerade weil dies der Fall ist, wird der Beweiss dafür, dass man es zu diesem Zwecke und zu keinem

⁵⁾ Kniep (a. a. O.) erblickt in der Anzeige des Art. 357 eine „Mahnung“. Wiewohl nicht ausser Acht zu lassen ist, dass Kniep unter „Mahnung“ sehr Verschiedenartiges versteht (Bd. I), so ist diese Bezeichnungsweise doch nicht zu acceptiren. Die Mahnung führt doch immer *erst die Mora herbei*, geht ihr begrifflich voraus; in Art. 357 aber ist der Verzug schon da. Die Mahnung würde also hier *post moram* erfolgen.

andern verwendet hätte, sich zu einem schwierigen gestalten. Sache des positiven Rechts muss es daher sein, die Beweislast des nicht säumigen Contrahenten so viel als möglich zu erleichtern.

Dies haben denn auch schon die Römer erkannt, indem sie bei Verzug in Geldleistungen ein für allemal, ohne nach der Höhe des verursachten Schadens zu fragen, ein bestimmtes Mass des Schadenersatzes zum Vornenherein einräumten.

Mit den gleichen Schwierigkeiten, wie das römische Recht, hat auch das moderne Handelsrecht bezüglich Berechnung des Schadenersatzes bei Geldleistungen zu kämpfen und wenn es hiebei einen ähnlichen Weg einschlug, wie das erstere, so lässt sich daraus nur entnehmen, dass der Gesetzgeber hier aus ähnlichen Motiven handelte, wie der römische.⁶⁾ In der That handelt es sich im Handelsrecht ebenfalls darum, den schwierigen Beweis des nicht säumigen Contrahenten dadurch zu erleichtern, dass man demselben, ohne Rücksicht auf die Höhe des verursachten Schadens, einerseits das Recht zusprach, eine gewisse Summe ersetzt zu verlangen, deren Höhe er gar nicht zu beweisen hatte, anderseits aber auch demselben — und dies im Unterschied zum römischen Rechte — ein über die bestimmte gesetzliche Summe hinausgehendes höheres Interesse, welches er dann natürlich zu substantiiren hatte, geltend zu machen nicht verweigerte. *Da diese vom Gesetz fixirte Summe (die Verzugszinse) bald mehr,⁷⁾ bald weniger beträgt,* als das wahre Interesse und nur in Ausnahmefällen mit demselben übereinstimmen wird, so ergibt sich hieraus, dass dieselbe nicht als Interesse, sondern vielmehr als Interessesurrogat aufzufassen ist. Als Interessesurrogat deswegen, weil der nicht morose Contrahent dieselbe unter allen Umständen als einen Ersatz für den verursachten Schaden, mag nun derselbe sich auf Mehr oder Weniger belaufen, ersetzt verlangen kann, ohne hiefür einen Beweis erbringen zu müssen.

Indem nun aber der Gesetzgeber den beschädigten Theil nicht auf dieses Interessesurrogat beschränken wollte, welches ja gewiss in

⁶⁾ Freilich sind die römischen Verzugszinse in vielen Beziehungen ein ganz anderes Gebilde, als unsere modernen. Die römischen Verzugszinse beruhen auf einer Nachbildung der vertraglichen Zinse und durften desswegen das für letztere gesetzliche Maass nicht überschreiten (l. 24 D. 16. 3; l. 26 § 1 C. 4. 32 etc.). Sie richteten sich auch in der Regel nach der Ortsüblichkeit (l. 39 § 9 D. I. de leg. l. 37 D. 22. 1) und liefen nur bis zum rechtskräftigen Urtheile l. 13 C. 4. 32).

⁷⁾ Mehr z. B. dann, wenn thatsächlich nachgewiesen ist, dass der nicht morose Contrahent die Geldleistung zinslos zu seinem übrigen Gelde gelegt, dieselbe also nicht zu weiteren Speculationen oder zinstragend verwendet hätte.

sehr vielen Fällen das wahre Interesse gar nicht erschöpft, ist er einen Schritt weitergegangen als das röm. Recht, und hat ein noch höheres, jenes Interessesurrogat übersteigendes Interesse, für welches jedoch der Beweis zu erbringen ist, zugelassen.

Der handelsrechtliche Schadenersatzanspruch wegen verspäteter Erfüllung setzt sich also aus zwei Bestandtheilen zusammen: einer bestimmten, vom Gesetz näher fixirten Summe (Verzugszinse) und aus einem diese überschreitenden, höhern Interesse.

Der erste bedarf keiner nähern Substantiation, er folgt unmittelbar ex lege, der andere muss bewiesen werden.

Was den ersten Bestandtheil (die vom Gesetz näher fixirte Summe) anbetrifft, so begreift derselbe die Verzugszinse in sich, welche gemäss Art. 289 d. H. G. B. vom Tage der Fälligkeit bis zur wirklichen Erfüllung laufen und deren Höhe 6 0/0 des vereinbarten Kaufpreises beträgt. (Art. 287 d. H. G. B.)⁸⁾

Ueber den zweiten Bestandtheil äussert sich das H. G. B. mit Ausnahme des Art. 283 in keiner Weise. Aus dem Wortlaute dieses Artikels sowie aus der bisher geübten handelsrechtlichen Praxis geht jedoch hervor, dass man dieses höhere, die gesetzlichen Verzugszinse übersteigende Interesse dem säumigen Contrahenten, sobald er es zu beweisen vermochte, zugesprochen hat. Uebrigens spricht hiefür auch der Reichsdeputationsabschied von Speyer aus dem Jahre 1600, welcher für das heutige Recht noch zu voller Gültigkeit besteht. § 139 dieses Reichsabschiedes lautet: (Sammlung der Reichsabschiede III., p. 495) „So ordnen und wollen wir nachmals, dass solch Interesse a tempore morae erstattet und deretwegen den Creditoren fünff Gulden vom hundert bezahlt werden, oder aber dem Creditori solch fünff Gulden nit annemblich, sondern er vermeinen sollte, tam ex lucro cessante, quam damno emergente ein Mehrs zu fordern, dass ihme alsdann sein gantz Interesse zu deduciren, gebührlich zu liquidiren und zu bescheinen und der richterlichen Erkenntnuss darüber zu gewarten, unbenommen sein soll.“

Dieses Reichsgesetz ist zwar bloss für den speciellen Fall des Darlehens erlassen worden, allein im Laufe der Zeit auf alle Obligationen, bei denen ein Verzug überhaupt möglich ist, ausgedehnt worden.

Zu diesem die Verzugszinse übersteigenden Interesse tritt oftmals noch eine Ersatzforderung für allfällige Auslagen wegen Waarenlagerung, Transportkosten (Protocolle 4572). Doch ist wohl zu beachten, dass

⁸⁾ Sächs. bürgerl. Gesetzbuch § 742. Preuss. Landrecht I 16, § 61—69, 71.

diese Ersatzforderung keineswegs aus einem *Zahlungsverzug*, sondern aus dem *Verzug des Käufers in Empfangnahme der Waare* entspringt.

β. Das Verkaufsrecht nebst Schadenersatz.

Die durch den Zahlungsverzug für den Fixverkäufer hervorgerufenen Nachtheile können selbstverständlich nicht immer hinlänglich dadurch paralysirt werden, dass dem nichtsäumigen Verkäufer freisteht, bei Mora des Käufers im Wege der Klage die effective Leistung: Zahlung des Kaufpreises gegen das vereinbarte Kaufsobject, nebst Schadenersatz zu fordern. Im Handelsverkehre kann ein wirksames Aequipollens für die Nachtheile oftmals bloss darin gefunden werden, dass es mindestens in die Wahl des nichtsäumigen Verkäufers gestellt ist, statt jener Erfüllung des fixen Lieferungskaufes die denselben ersetzende Vergütung des Interesses an der rechtzeitigen Leistung, somit den Geldwerth zu fordern, welchen letztere nach Massgabe der zur bedungenen Erfüllungszeit bestanden Verhältnisse für ihn hatte. Wiewohl diese Nothwendigkeit, dem nicht säumigen Contrahenten ein solches Schadenersatzrecht zu statuiren, vor Einführung des H. G. B. von den wichtigsten Civilgesetzbüchern Deutschlands nicht in ausreichendem Masse gewürdigt worden ist (wie z. B. Oest. bürgerl. G. § 919, sowie preuss. Landrecht I, 5, § 393), so muss doch anerkannt werden, dass schon im gem. Rechte, besonders aber auch im Handelsverkehre die Verwandlung der effectiven Leistung mit dem unmittelbaren Anspruch auf Vergütung des Interesses zugelassen worden war. Ja sogar die Praxis vieler deutscher Gerichte intendirte darauf hin: bei Fixgeschäften einen Schadenersatzanspruch nicht nur als berechtigten Anspruch neben der Erfüllung mit Schadenersatz zu statuiren, sondern denselben als allein zulässigen mit Ausschluss der Erfüllung hinzustellen. So sagt das Obertribunal in Berlin (Striethorst Archiv XV, p. 460) in einer seiner Entscheidungen in Bezug auf Fixgeschäfte: „nur an dem verabredeten Tage der Erfüllung kann diese, wenn sie dem Inhalt des Vertrages gemäss erfolgen soll, eine eigentliche Erfüllung des Kaufgeschäftes sein. An diesem Tage allein sind dem Verkäufer und dem Käufer die beiden Erfüllungsarten: Lieferung der Sache gegen Zahlung des festgesetzten Kaufpreises und Zahlung der Differenzsumme, im Resultate identisch. Wird die Erfüllung überhaupt an dem verabredeten Tage nicht geleistet, so ändert sich die Lage der Sache. Die Stellung der Parteien ist nicht mehr die alte. Jene erste Art der Erfüllung des

Vertrages ist weggefallen. Dagegen bleibt die zweite Art: der Anspruch auf die Cursdifferenz bestehen.“

Diese Entscheidung des Obertribunals, welche sich zwar bloss auf Fixgeschäfte bezieht, die über Börsenpapiere abgeschlossen sind, wurde in einer Reihe anderer Entscheidungen auf alle Lieferungsgeschäfte über marktgängige Waaren ausgedehnt und hat in der wissenschaftlichen Behandlung⁹⁾ dieser Frage eine kräftige Stütze gefunden.

Als es sich daher bei der Abfassung des a. d. H. G. B. darum handelte, der gerichtlichen Praxis und dem wissenschaftlichen Rechtsstandpunkte gegenüber Stellung zu nehmen, so war man zwar darüber einig, dass der Anspruch auf Schadenersatz in dem einen wie in dem andern Falle unbedingt zugelassen werden müsse; hinsichtlich der Frage jedoch, ob bloss Schadenersatz oder auch noch Erfüllung nebst Schadenersatz gestattet werden solle, zeigten sich im Schoosse der Commission tiefgehende Differenzen. Nach langer Berathung und insbesondere in Erwägung der sub pag. 82 und 83 angegebenen Gründe, wurde der Art. 354 in der jetzigen Fassung acceptirt.

Hiebei ist jedoch nicht ausser Acht zu lassen, dass das in Art. 354 statuirte Schadenersatzrecht, welches zu seiner Voraussetzung immer den ordnungsgemässen Verkauf der Waare hat, im Grunde genommen nichts Anderes als eine an Stelle der ursprünglich contractlichen Erfüllung getretene *modificirte Erfüllung nebst Schadenersatz* ist. „Man darf sich“, schreibt Hallwachs¹⁰⁾, „nur nicht täuschen lassen durch den Ausdruck: der Verkäufer fordere die Differenz zwischen dem Erlöse aus dem Verkaufe der Waare und dem verabredeten Kaufpreis. Diese Differenz ist gerade der Kaufpreis, soweit er nicht durch den Erlös aus dem Verkauf der Waare gedeckt ist; allerdings begreift das H. G. B. Art. 354 auch diesen Anspruch unter den Ausdruck „Schadenersatz“, aber das vermag die Sache selbst nicht zu verändern. Dieser Anspruch auf den Rest des Kaufpreises entspringt auch gar nicht aus dem Verzuge des Käufers, sondern schon ursprünglich aus dem Vertrage; der Verzug des Käufers bewirkt bloss, dass der Verkäufer die Waare für Rechnung des Käufers veräussern und aus dem Erlöse sich befriedigen darf, und dass der Käufer die Differenz, also den Rest des Kaufpreises,

⁹⁾ So Ladenburg in Zeitschrift für Civilrecht und Process Bd. II, pag. 448 und folgende; ebenso Pauli im Neuen Archiv für Handelsrecht Bd. III, pag. 123—183, besonders sub V.

¹⁰⁾ Archiv für practische Rechtswissenschaft, Band 9 und 10, Hallwachs, „Der Verzug beim Handelskauf“.

bezahlen muss, ohne Leistung des Kaufgegenstandes nachher verlangen zu können.“ Diese Argumentation von Hallwachs trifft im Allgemeinen das Richtige insofern, als sie in der zweiten Alternative des Art. 354 eine modificirte Erfüllungsart erblickt, ist aber in einer andern Richtung durchaus nicht zu billigen. Wir werden unter dem „Inhalt beziehungsweise Wirkungen“ dieses Rechtes noch näher darauf einzutreten haben, dass unter dem Schadenersatze des Art. 354 keineswegs bloss eine Differenz zwischen dem Erlöse der Waare und dem vereinbarten Kaufpreise, sondern ein dem Schadenersatze wegen verspäteter Erfüllung inhaltsgleicher Anspruch zu verstehen ist, und wir machen nur an dieser Stelle darauf aufmerksam, dass die Ansicht von Hallwachs, als ob das Veräusserungsrecht der Waare seitens des Verkäufers auf Rechnung des Käufers die einzige Folge des Verzuges sei, keineswegs richtig ist¹¹⁾.

Wenn wir im Folgenden auf die Voraussetzungen und Wirkungen des Verkaufsrechtes nebst Schadenersatz näher eingehen, so ist zu bemerken, dass dieses Recht, wie auch der für dasselbe gebrauchte Ausdruck besagt, ein Doppelrecht ist: ein Verkaufsrecht und ein Schadenersatzrecht. Während jedoch das erstere (Verkaufsrecht) selbständiger Natur ist, so darf vom letztern dies nicht behauptet werden. Der Schadenersatzanspruch ist vielmehr immer von einem vorhergehenden Verkaufe der Waare abhängig und kann nur, wenn ein solcher wirklich stattgefunden hat, geltend gemacht werden (Art. 354). Er steht und fällt mit dem Verkaufsrecht, welches nur Mittel zum Zwecke ist (nämlich zur Geltendmachung des Schadenersatzanspruches). Indem wir daher die Voraussetzungen für die Geltendmachung des Schadenersatzanspruches erörtern, treten wir zugleich auch auf eine nähere Darstellung des Verkaufsrechtes selber ein. Bezüglich der Voraussetzungen für die Geltendmachung des Schadenersatzanspruches ist sorgfältig in Berücksichtigung zu ziehen, ob ein Fixgeschäft über markt- und börsengängige Waaren¹²⁾ abgeschlossen ist oder nicht. In dem erstern Falle bedingt die Ausübung des Schadenersatzrechtes andere Voraussetzungen als im letztern (Art. 357, Abs. 2).

I. Voraussetzungen zur Ausübung des Schadenersatzrechtes bei Fixgeschäften, welche über börsen- und marktgängige Waaren abgeschlossen sind.

¹¹⁾ Dies wird von allen Commentatoren des d. H.G.B. anerkannt und bedarf keines weiteren Beweises.

¹²⁾ Ueber den Begriff von börsen- und marktgängigen Waaren vergl. Busch Archiv Bd. V, N. F. pag. 161? Conferenzprotocolle p. 1394.

Die Geltendmachung dieses Rechtes ist an folgende Bedingungen geknüpft:

Verkauf der Waare für Rechnung des Fixkäufers gemäss Art. 354 und 343. Der Fixverkäufer kann seinen Anspruch auf Schadenersatz nur dann wirksam geltend machen, wenn er behufs Feststellung des Werthes der Waare diese zum Verkaufe bringt und die Differenz zwischen dem Minderwerthe derselben einerseits und dem Kaufpreise nebst Interesseforderung anderseits dem säumigen Fixkäufer gegenüber verlangt. Nur durch diesen Act des Verkaufs kann sich der Verkäufer den Schadenersatzanspruch sichern. Diese Bestimmung, welche die Gleichstellung des Verkäufers mit dem Käufer, falls der erstere im Verzuge mit der Uebergabe der Waare ist, nicht aufrecht erhält¹³⁾, hat bei den Berathungen des Entwurfs zu einem a. d. H. G. B. die ernsthaftesten Bedenken hervorgerufen. Und in der That lässt sich nicht verkennen, dass in vielen Fällen die Nothwendigkeit eines vorhergehenden Verkaufs der Waare eine Ausnahmestellung zu Ungunsten des nicht säumigen Verkäufers geschaffen hat. Diese Ungleichheit vermag auch nicht dadurch gehoben zu werden, dass man den Erwägungen der Majorität der Nürnberger Conferenz volle Berücksichtigung zollt¹⁴⁾.

¹³⁾ Der Fixkäufer hat bekanntlich nach Art. 355 bei Verzug des Fixverkäufers das Schadenersatzrecht bedingungslos, ist also nicht wie der Fixverkäufer in Art. 354 an einen vorhergehenden Verkauf der Waare, an einen diesem entsprechenden Einkauf der Waare gebunden. Vergl. folgenden Paragraphen.

¹⁴⁾ Wir lassen die Motive, welche für und gegen die Bestimmung des Selbsthülfeverkaufs bei Berathung des H.G.-Entwurfes ins Feld geführt wurden, theilweise folgen (Conferenzprotocolle 4597). „Für die Nothwendigkeit des Verkaufs fehle es an inneren Gründen, sodann könne dies dem Verkäufer zu grossen Nachtheilen gereichen. Man möge nur erwägen, wie schlecht der Verkäufer sonst stehe, wenn er es mit einem insolventen Käufer zu thun habe und in der Mehrzahl der Fälle werde Insolvenz der Grund sein, wesshalb der Käufer mit seiner Leistung in Verzug gerathe. Auf Realerfüllung zu bestehen, widerstreite seinem Interesse, weil er alsdann seine Waare hingeben und sich wegen seiner Kaufgeldsforderung vielleicht in den Conkurs des Käufers einlassen müsste. Der Verkauf der Waare könne, weil z. B. die Messe zu Ende gegangen und damit die Möglichkeit geschwunden sei, einen günstigen Verkauf der Waare zu schliessen, zu einer Verschleuderung derselben führen, während wenig Aussicht auf die Bezahlung der Differenz im Concourse vorhanden sei. Es würde demnach dem Verkäufer nichts, als der blosse Rücktritt vom Vertrage übrig sein und der Schaden, welcher aus dem Mangel an Gelegenheit zu einem anderweitigen, günstigen Verkauf, sowie in Folge der Aufwendung der Kosten auf die Sache erwachsen, ihm allein zur Last fallen.“

Für den Selbsthülfeverkauf hingegen wurde geltend gemacht: „Es dürfe nicht übersehen werden, dass der Käufer eine Leistung vom stets gleichen Werth von Geld

Dagegen ist *de lege lata* es durchaus nicht zu billigen, wenn einige Gerichte im Interesse der *Aequitas* (wie sie sich ausdrückten) die Bestimmung des Art. 354 insofern zu umgehen suchten, dass sie ohne vorhergehenden Verkauf dem Verkäufer (wie dem Käufer im Falle des Art. 355) eine Differenzklage zusprachen¹⁵⁾.

In welcher Weise, wann und wo der Verkauf der Waare vor sich zu gehen hat, bestimmt Art. 343 in Verbindung mit Art. 357 Abs. 2. Demnach ist erforderlich:

a) in Bezug auf die Form des Verkaufes: öffentliche Versteigerung der Waare und falls dies z. B. dem Verkäufer nicht belieben sollte, doch wenigstens Verkauf der Waare durch einen Handelsmäkler im Sinne des Art. 66 des H. G. B., oder in Ermangelung eines solchen durch einen sonstigen zur Versteigerung befugten Beamten. Die Zuziehung dieser mit öffentlichen Glauben ausgestatteten Hülfspersonen bei dem nicht öffentlichen Verkauf ist eine für die Rechtsbeständigkeit desselben wesentlich nothwendige Form. Ist daher diese Form nicht gewahrt, so hat der Käufer den Verkauf der Waare nicht als für seine Rechnung erfolgt anzuerkennen. Gleichgültig ist hiebei, ob der Preis, welcher durch einen formlosen Verkauf erzielt worden ist, im concreten Falle kein ungünstigerer ist, als wenn die gesetzliche Form bei dem Verkauf eingehalten worden ist. Denn der Verkäufer braucht sich auf das Ergebniss eines formlosen Verkaufs überhaupt nicht einzulassen, weil dieser vom Gesetze als auf eigene Gefahr des Verkäufers ausgeführt angesehen wird (Busch, Archiv N. F., B. VI, p. 87 und 88). R. O. H. G. VII, p. 405; VIII, p. 99; XII, p. 175.

b) in Bezug auf die Zeit:

Der Verkauf muss unverzüglich nach Ablauf der festgesetzten Zeit oder Frist geschehen (Art. 357 Abs. 2). Der Ausdruck „unverzüglich“ ist in ebendemselben Sinne zu interpretiren, wie es sub pag. 50 und 51 bezüglich der Anzeigepflicht beim Wahlrecht der Erfüllung geschehen ist, wozu freilich die Vorschrift nicht immer passen wird, dass der Verkauf durch einen amtlich bestellten und vor Antritt seines Amtes

zu machen habe, dass dagegen die Leistung des Verkäufers: die Waare, stets Preisfluctuationen unterworfen sei, dass man somit dem Verkäufer ein solches Recht nicht würde einräumen können, ohne zugleich zu bestimmen, um welchen Preis er bei Ermittlung des ihm zustehenden Schadenersatzanspruches die Waare, welche er nun nicht realiter liefern, sondern für sich behalten wolle, anzunehmen habe etc.“

¹⁵⁾ Seuffert Archiv Bd. XX, pag. 247. Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen in Bayern Bd. I, pag. 331, 333.

beeidigten Handelsmäkler oder sonstigen hiezu befugten Versteigerungsbeamten vollzogen werden müsse¹⁶⁾. Denn dass es Fälle geben kann, in welchen schlechterdings der Verkauf nicht unverzüglich nach Ablauf der festbestimmten Zeit oder Frist stattfinden kann, sei es, dass am Orte der Waare kein hiezu befähigter Angestellter aufzutreiben ist, oder aus irgend anderen Umständen, daran ist wohl nicht zu zweifeln. Gründe der Zweckmässigkeit waren es, welche bei der Berathung über die Unverzüglichkeit ins Gewicht fielen und die Aufnahme der Bestimmung des „unverzüglichen Verkaufs“ befürworteten. Hauptsächlich wurde hierbei darauf aufmerksam gemacht, dass durch einen unverzüglichen Verkauf das Mittel entzogen sei, zum Nachtheil und auf Gefahr des Käufers mit der Waare länger zu speculiren und erst dann zum Verkauf für dessen Rechnung zu schreiten, wenn der Preis der Waare noch unter denjenigen am Erfüllungstage gesunken und die vom Käufer zu zahlende Differenz noch grösser als am Lieferungstage geworden sei. Die gegentheilige Ansicht, dass eine solche Speculation von Seiten des Verkäufers desswegen nicht zu befürchten sei, weil er durch dieselbe für seine Person keine grösseren Ansprüche erlange und wegen der einmal bedungenen Kaufsumme seine volle Befriedigung erhalte, wenn er alsbald oder auch zu irgend einer andern Zeit verkaufe, wurde am schlagendsten dadurch widerlegt: dass der Verkäufer allerdings ein sehr grosses Interesse daran habe, eine solche Speculation dann vorzunehmen, wenn er z. B. ausser der bereits verkauften Quantität der betreffenden Waare noch andere bedeutende Vorräthe ebenderselben habe und diese gleichfalls zu verkaufen wünsche. In einem solchen Falle könne der Verkauf, welchen der Verkäufer für Rechnung des Käufers vorzunehmen habe, um das nach Art. 357 eingegangene Kaufgeschäft abzuwickeln, entweder für sich allein schon die Preise der Waare herunterdrücken, so dass für die übrigen Vorräthe nur noch ein geringerer Preis erlangt werden könne. Der Verkäufer sei also dabei sehr interessirt, dass er die Möglichkeit habe, zuerst seine übrigen Vorräthe zu verkaufen, um für diese noch einen höhern Preis zu erzielen und dann für die gedrückten Preise die bereits verkaufte Quantität loszuschlagen und den Schaden auf den säumigen Käufer zu wälzen.

¹⁶⁾ Nach den Conferenzprotocollen p. 1460 war ein Antrag gestellt worden, welcher dem Verkäufer in dem fraglichen Falle das Recht einräumen sollte, die Waare selber zu verkaufen, weil es möglicher Weise an einem Mäkler oder sonstigen Versteigerungsbeamten am betreffenden Orte fehlen könne.

c) In Bezug auf den Ort.

Hierüber ist weder in Art. 343, noch in Art. 354, noch auch in Art. 357, Abs. 2, irgend welche Bestimmung getroffen. Allein der Absatz 3 des Art. 357, welcher bei Mora des Verkäufers für den nicht säumigen Käufer ein Schadenersatzrecht statuirt in der Weise, dass der Käufer die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Markt- oder Börsenpreis zur Zeit und am *Ort der geschuldeten Leistung* fordern kann, lässt per analogiam darauf schliessen, dass bei Mora des Käufers der vorgeschriebene unverzügliche Verkauf der Waare an dem Orte zu vollziehen sei, an welchem dieselbe geleistet werden soll. Uebrigens auch bei gänzlichem Mangel einer solchen Bestimmung dürfte keineswegs behauptet werden, dass die Wahl des Verkaufsortes lediglich in das Ermessen des Verkäufers habe gestellt werden wollen. Eine solche Auslegung würde die Interessen des säumigen Käufers sehr gefährden und die Chicane begünstigen. Zudem liegt es in der Natur der Sache, dass der Verkauf der Waare, welche als eine modificirte Art der Erfüllung oder, wie sich Kohler¹⁷⁾ ausdrückt, als ein gesetzliches *Erfüllungssurrogat aufgefasst werden* kann, an dem Orte stattzufinden habe, wo die Erfüllung von Seiten des Verkäufers gegenüber dem Käufer hätte vorgenommen werden sollen¹⁸⁾. Geschieht der Verkauf an einem andern als dem vereinbarten oder gesetzlichen Erfüllungsorte, *so ist derselbe u. E. zwar rechtsgültig, allein der Verkäufer wird dem Käufer für den dadurch entstandenen etwaigen Mindererlös aufkommen müssen*. Wir folgern dies aus folgender Betrachtung: Die Verkaufselbsthülfe ist Erfüllungssurrogat. Damit sie die Wirkungen des Erfüllungssurrogates habe, muss sie in der vom Gesetze vorgeschriebenen Weise geschehen, d. h. das Erfüllungssurrogat begreift in sich alle jene Handlungen, welche das Gesetz für die Verkaufselbsthülfe vorgeschrieben hat. Nun aber hat das Gesetz Specialbestimmungen über

¹⁷⁾ v. Ihering's Jahrbücher für Dogmatik Bd. XVII (Kohler, Annahme und Annahmeverzug).

¹⁸⁾ Freilich in Fällen, wie z. B., wenn der Käufer zum Vorneherein aufs Bestimmteste erklärt hat, dass er die Waare schlechterdings nicht annehmen werde, würde ein Transport der Waare zum vereinbarten Ablieferungsort nutzlos sein und desswegen ein Verkauf der Waare am Orte der geschuldeten Leistung nicht gefordert werden können.

In denjenigen Fällen, in welchen weder aus der Vereinbarung der Contrahenten noch aus dem Gesetze auf einen bestimmten Erfüllungsort geschlossen werden kann, wird bezüglich des Verkaufsortes der Satz: „ad iudicis cognitionem remittendum est“ seine Geltung zu bewähren haben.

den Verkaufsort zu geben unterlassen. Dieser Umstand bewirkt, dass der an einem andern als dem vereinbarten oder gesetzlichen Erfüllungsort vorgenommene Verkauf der Waare als rechtsbeständig angesehen werden kann. Würde dies nämlich nicht der Fall sein, so hätte der Gesetzgeber, gleichwie er von der Oeffentlichkeit und Unverzüglichkeit des Verkaufs den Rechtsbestand desselben abhängig gemacht, den Rechtsbestand auch von einem genau fixirten Verkaufsort abhängig machen müssen. Er hat dies aber nicht gethan und dadurch dem Ermessen des Verkäufers bezüglich Wahl des Verkaufsortes insofern freien Spielraum gelassen, als hievon der Rechtsbestand des Verkaufs nicht abhängig gemacht werden soll. Freilich in einer andern Beziehung hat die Wahl des Verkaufsortes sowohl für den Verkäufer wie für den Käufer grosse Bedeutung, nämlich bezüglich der Berechnung der Differenzsumme. Hat der Verkäufer an einem andern als dem vereinbarten oder dem gesetzlichen Erfüllungsorte den Verkauf der Waare vorgenommen und dadurch einen Mindererlös erzielt, so ist der Verkauf bezüglich seiner Rechtsbeständigkeit natürlich unanfechtbar, allein der Verkäufer muss bei seiner Klageerhebung sich eine Einrede gefallen lassen, des Inhalts: dass die geltend gemachte Schadenersatzsumme zu hoch gegriffen sei. Der säumige Käufer kann mit Recht die Cursdifferenz zwischen dem Orte, wo der Weiterverkauf hätte vorgenommen werden sollen, und dem Orte, wo er wirklich vorgenommen ist, fordern.

d) In Bezug auf die Unverzüglichkeit der hinterherigen Anzeige des Verkaufs.

Art. 357, Abs. 2 bestimmt, dass der Verkäufer den bewirkten Verkauf ungesäumt dem säumigen Käufer anzuzeigen habe. Die Motive in den Protocollen lassen darauf schliessen, dass diese Vorschrift lediglich im Interesse und aus Fürsorge für den säumigen Käufer getroffen worden ist. Man befürchtete in der Commission, dass durch ein langes Schweigen nach erfolgtem Verkaufe dem Käufer Nachtheile erwachsen könnten. Diese Befürchtung trifft auch vollständig zu bei nicht fixen Lieferungsgeschäften, erscheint aber beim Fixgeschäfte *als völlig unbegründet*. Es ist unseres Wissens kein einziger Fall denkbar, in welchem eine nicht ungesäumt abgegebene Anzeige (also eine verspätete oder gar nicht abgegebene) dem säumigen Fixkäufer Nachtheile bringen könnte. Der Schadenersatzanspruch des Fixverkäufers bleibt ja immer der gleiche, mag derselbe sofort nach bewirktem Verkauf oder eine viel spätere Zeit nach demselben geltend gemacht werden; der Fixkäufer hinwiederum verliert durch eine verspätet abgegebene

Anzeige ebensowenig, als er durch eine rechtzeitig geschehene gewinnt. Beim Nichtfixgeschäft ist dies freilich ganz anders. Denken wir uns hier z. B. den Fall: der Nichtfixverkäufer A habe gemäss Art. 356 die Waare (Getreide) unverzüglich nach Ablauf des Stichtages verkauft (er kann das, wenn die Natur des Geschäftes eine Fristsetzung nicht zulässt) und zeigt nun diesen Weiterverkauf nicht sogleich an, so kann dies für den Nichtfixkäufer B sehr nachtheilige Wirkungen haben. B hat z. B. das fragliche Getreide weiter verkauft und in der berechtigten Hoffnung, dass er *moram purgiren* könne, kauft er dasselbe nicht anderswo ein. Es vergehen einige Wochen; der Verkäufer A setzt nunmehr den Käufer B von dem bewirkten Weiterverkaufe in Kenntniss. Indessen ist aber das Getreide in seinem Preise um ein Bedeutendes gestiegen und der Käufer genöthigt, dasselbe zu einem Tagespreise anzukaufen, welcher viel höher ist, als derjenige, für welchen er dasselbe bei ungesäumter Anzeige hätte ankaufen können. In Fällen dieser Art, welche aber nur bei nicht *fixen Lieferungs-geschäften* möglich sind, ist die Vorschrift einer nach vollzogenem Verkauf zu bewirkenden ungesäumten Anzeige sehr wohl am Platze; dieselbe aber auch auf Fixgeschäfte auszudehnen, bei welchen der säumige Contrahent nach Ablauf des Stichtages überhaupt auf keine *purgatio moræ* rechnen kann, ist durchaus nicht zutreffend.

U. E. ist der Schlusssatz des Art. 357, Abs. 2, welcher nach der Intention des Gesetzgebers den säumigen Fixkäufer vor Schaden bewahren sollte, seiner Bestimmung nach verfehlt; es kann sich nur noch fragen, ob diese ungesäumte Anzeige eine Formalvorschrift sei, so zwar, dass von einer Beobachtung resp. Nichtbeobachtung derselben der Rechtsbestand des bewirkten Weiterverkaufs abhängig gemacht werden soll.

Für den Rechtsbestand¹⁹⁾ des Weiterverkaufes kommt dieselbe zweifellos gar nicht in Betracht. Dies ergibt sich aus den Worten: „dagegen hat der Verkäufer *auch* in diesem Falle den bewirkten Verkauf ungesäumt anzuzeigen“. Der Ausdruck „auch“ weist auf Art. 356 beziehungsweise Art. 343 hin, dessen Schlusssatz folgendermassen lautet: „Von der Vollziehung des Verkaufs hat der Verkäufer, soweit

¹⁹⁾ Darunter verstehen wir wie oben die Rechtsgiltigkeit des Verkaufs: d. h. der nicht säumige Käufer muss den bewirkten Verkauf, als für seine Rechnung geschehen, gelten lassen.

es thunlich, den Käufer sofort zu benachrichtigen; bei Unterlassung ist er zum Schadenersatz verpflichtet.“ Danach ist also die im Art. 357 statuirte Anzeige derjenigen des Art. 343 nachgebildet. Die Unterlassung oder Verspätung der in dem letztern Artikel gedachten Anzeige vermag aber den bewirkten ordnungsgemässen Weiterverkauf der Waare in seinem Rechtsbestande nicht aufzuheben; die Anzeige des Art. 357 muss daher als einfache Nachbildung derjenigen des Art. 343 die gleiche Natur haben.

Wenn aber eine gesetzliche Vorschrift sozusagen nur ihrer selbst wegen da ist, d. h. wenn die Nichtbeobachtung derselben weder demjenigen, für welchen diese Vorschrift aufgestellt ist, Vorthelle entzieht, noch demjenigen, welcher sie übertritt, Nachtheile bringt, so fällt eine solche Vorschrift als nutz- und zwecklos²⁰⁾ zusammen und der Gesetzgeber hätte besser gethan, sich die Mühe der Aufstellung derselben zu ersparen.

Einer andern Ansicht scheint Gad (Handelsrecht) zu sein; indem er auf die Frage: wie lange muss der Säumige auf die Schadenersatzforderung gefasst sein?, folgende Antwort gibt: „Der Verkäufer muss die Waare unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder Frist verkaufen, wenn der Verkauf, als auf Rechnung des Käufers geschehen, gelten soll. Eine vorgängige Androhung ist nicht erforderlich, *wohl aber eine ungesäumte Anzeige*, wenn der Verkauf bewirkt ist. *Hienach lässt sich allerdings berechnen, binnen welcher Frist der Käufer Nachricht von einer beabsichtigten Schadenersatzforderung zu erhalten hat.*“ Abgesehen davon, dass diese Worte vermuthen lassen, dass die ungesäumte, hinterherige Anzeige für ein zum Rechtsbestand des Weiterverkaufes wesentliches Erforderniss anzusehen sei, was nach der Meinung aller Commentatoren des d. H.G.B. nicht richtig ist, scheint Gad die ungesäumte, hinterherige Anzeige als Zeitmoment verwenden zu wollen, bis zu welchem der Fixkäufer Nachricht von der beabsichtigten Schadenersatzforderung zu erwarten habe. Diese Ansicht ist desswegen unrichtig, weil auch eine gänzlich unterbliebene, oder verspätete, hinter-

²⁰⁾ Man kann freilich einwenden: einen Zweck hat die unverzügliche Anzeige doch, nämlich den, dass der säumige Fixkäufer sofort weiss, welche Alternative der Fixverkäufer gewählt hat. Darauf ist zu erwidern: hat der Gesetzgeber mit dieser Anzeige nur diesen Zweck verfolgt, so ist nicht einzusehen, warum er bei Verzug des Fixverkäufers den Fixkäufer bei Wahl des Schadenersatzrechtes wegen Nichterfüllung nicht auch zu einer ungesäumten Anzeige verpflichtet. „In his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et æquo præstare oportet“!

herige Anzeige das Schadenersatzrecht des Verkäufers in keiner Weise aufzuheben oder zu alteriren vermag, sobald nur einmal constatirt ist, dass der Verkauf der Waare ordnungsgemäss nach Art. 343 und 357, Abs. 2 bewirkt ist.

II. Voraussetzungen zur Ausübung des Schadenersatzrechtes bei Fixgeschäften, welche über nicht markt- und börsengängige Waaren abgeschlossen sind.

Allerdings ist nicht zu bestreiten, dass Fixgeschäfte über Lieferung von markt- und börsengängigen Waaren der Procentzahl nach weitaus die zahlreichsten sind und dass Fixgeschäfte über Waaren, welche keinen Börsen- oder Marktwert haben, nur in geringer Anzahl abgeschiossen werden. Diese Thatsache ist aber keineswegs ausreichend, um solche nur in verschwindender Minderzahl vereinbarten Fixgeschäfte nach denselben Bestimmungen zu beurtheilen, welche speciell nur für Fixgeschäfte über markt- oder börsengängige Waaren gelten. Vielmehr erfordert die Auslegung der Vorschrift des Art. 357 Abs. 2, welche sich bloss auf markt- und börsengängige Waaren bezieht, dass die Ausübung des Wahlrechtes betreff Weiterverkauf nebst Schadenersatz bei Fixgeschäften, welche über markt- und börsengängige Waaren abgeschlossen sind, anderen Regeln unterworfen ist.

Diese Regeln sind: Auch hier ist dem Fixverkäufer bei Verzug des Käufers mit der Bezahlung ebenso wenig gestattet, wie in dem Falle des Art. 357, Abs. 2 und Art. 354 eine directe Differenzklage anzustellen, vielmehr ist hier sein Schadenersatzanspruch, wie dort an den Nachweis eines wirklich stattgehabten, ordnungsmässigen Verkaufs gebunden. Der Rechtsbestand dieses Verkaufs beurtheilt sich im Allgemeinen nach denselben Vorschriften, wie derjenige des Verkaufs von markt- und börsengängigen Waaren. Nur zwei Modificationen sind hervorzuheben, von denen die eine als Verschärfung, die andere als Erleichterung des sub. I beschriebenen Verkaufs anzusehen ist.

Als Verschärfung kann angesehen werden die Bestimmung, dass der Verkauf von nicht markt- und börsengängigen Waaren niemals durch einen Handelsmäkler oder durch einen sonstigen zur Versteigerung befugten Beamten vollzogen werden kann, sondern dass es hiezu immer einer öffentlichen Versteigerung bedarf (Art. 343). Bei der markt-gängigen Waare ist die Oeffentlichkeit desswegen entbehrlich, weil durch das Bestehen des offenkundigen Marktpreises und dadurch, dass die Waare durch eine mit öffentlichem Glauben ausgestattete Person verkauft wird, hinreichend Sicherheit gegeben ist, dass der Verkauf immer

zum grösstmöglichen Preise geschehe. Die Form des öffentlichen Verkaufs ist für die Rechtsbeständigkeit desselben dem säumigen Käufer gegenüber eine wesentlich nothwendige. Die Oeffentlichkeit schützt diesen vor Beeinträchtigungen, welchen er beim Privatverkaufe leichter ausgesetzt ist. (Protocolle 1374). — Das bei der Versteigerung erlangte höchste Angebot auf die Waare erscheint als der höchste zu erlangende Preis. Freilich ist es möglich, dass im besondern Falle durch einen Privatverkauf ein gleich guter oder besserer Preis zu erzielen ist, als durch die Versteigerung. Auch wird es in den häufigsten Fällen nicht an der Möglichkeit fehlen; dessenungeachtet würde ein solcher Verkauf als nicht für Rechnung des Käufers geschehen zu betrachten sein. Uebrigens versteht es sich, dass der nicht öffentliche Verkauf der Waare nicht anders für nichtig zu erkennen ist, als wenn der Käufer diese Einrede geltend macht. (Centralorgan f. H. N. F. Bd. V, p. 528).

Als Erleichterung kann angesehen werden die Bestimmung, dass der Verkauf von nicht marktgängigen Waaren nicht unverzüglich nach Eintritt der Mora vorgenommen werden muss. Expressis verbis ist zwar dies nirgends gesagt, geht aber unzweifelhaft aus Art. 357, Abs. 2 hervor, welcher einen unverzüglichen Verkauf nur für marktgängige Waaren anordnet. Es ist oben gezeigt worden, dass das Requisit des unverzüglichen Verkaufs seine Entstehung hauptsächlich Erwägungen zu verdanken hat, die eine Speculation des Fixverkäufers zu Lasten des Fixkäufers ausschliessen wollten. Die Befürchtungen einer solchen Speculation treffen aber bloss da zu, wo es sich um börsen- oder marktgängige Waaren handelt, bei Waaren, welche einer stetigen Preisfluctuation ausgesetzt sind. Für Waaren, welche keinen Markt- und Börsenwerth haben, die desswegen einer solchen Speculation von Seiten des Verkäufers gar nicht oder doch in höchst geringer Weise ausgesetzt sind, rechtfertigt sich *auch ein späterer (nicht unverzüglicher) Verkauf*. Freilich ad infinitum darf der Verkäufer den Weiterverkauf der Waare nicht hinausschieben, denn mit dem Untergang (Verjährung) des Rechtes: den Schadenersatzanspruch geltend zu machen, geht natürlich das Verkaufsrecht als integrierender Bestandtheil des erstern verloren. *Mit andern Worten, die zeitliche Vornahme des Verkaufs richtet sich hier nach den Regeln der Verjährung des Rechtes: das Verkaufsrecht resp. das Schadenersatzrecht auszuüben.*

Im Uebrigen kommen für den Weiterverkauf von nicht marktgängigen Waaren die nämlichen Regeln zur Anwendung, welche beim Verkaufe von marktgängigen Waaren gelten, namentlich ist auch hier

für die Geltendmachung des Schadenersatzrechtes eine *ungesäumte*, hinterherige Anzeige durchaus nicht erforderlich.

Bis jetzt sind jene Voraussetzungen des Schadenersatzrechtes näher erörtert worden, welche ihrer positiven Natur wegen zur vollen und nicht einredeweise beschränkten Ausübung dieses Rechtes erforderlich sind; im Folgenden sollen, um den eigenthümlichen Character des Fixgeschäftes auch an diesem Orte zu zeigen, dessen Abweichungen von den gewöhnlichen Lieferungsgeschäften bei Geltendmachung des Verkaufsrechtes nebst Schadenersatz hervorgehoben werden, Abweichungen, die sich aber mehr in negativer Weise kennzeichnen.

Bei denjenigen Lieferungsgeschäften, welche ohne genau und festbestimmten Lieferungstermin oder Frist abgeschlossen sind, ist die Ausübung des Verkaufsrechtes gemäss Art. 356 an die Voraussetzung geknüpft, dass dies dem säumigen Contrahenten angezeigt und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäftes es erlaubt, eine den Umständen gemässe Frist zur Nachholung gewährt werde. Ganz anders bei den Fixgeschäften. Hier gehört zur rechtsgültigen Ausübung dieses Rechtes weder eine vorgängige Androhung (Anzeige), noch die Gewährung einer Frist zur Nachholung der Erfüllung. *Keine Anzeigepflicht, keine purgatio moræ*, das ist der grosse Unterschied im Betreff der Ausübung des Verkaufsrechtes nebst Schadenersatz. Warum dies?

Da nach Art. 354 und Art. 357 der Verkäufer noch immer Eigenthümer der Waare ist, so übt er, wenn er bei Verzug des Käufers dieselbe weiter verkauft, bloss eine Dispositionsbefugniss aus, zu welcher er als Eigenthümer vollständig berechtigt erscheint (anders ist dies im Art. 343, wo die Waare in den meisten Fällen bereits in's Eigenthum des Käufers, aber noch nicht in dessen factischen Besitz übergegangen ist.²¹⁾). In dem Verkauf des Art. 354 resp. 357 liegt also, auch wenn der Kaufpreis vielleicht theilweise pränumerando bezahlt ist, nicht ein so gewaltiger Eingriff in die Rechte des Käufers (Protocolle p. 627). Von diesem Gesichtspunkte aus besteht keine Nothwendigkeit dafür, dass z. B. eine vorgängige Androhung erfolge, damit dem säumigen Käufer die Möglichkeit gewahrt bleibe, der Ausführung des Verkäufers durch hinterherige Erfüllung zuvorkommen, wohl aber nach Art. 343, wo in der That die Waare öfters bereits in das Eigenthum des Käufers übergegangen ist. Die vorgängige Androhung ist also nach Art. 343 ein für die Rechtsbeständigkeit des Verkaufs nothwendiger Act, durch dessen Unterlassung

²¹⁾ Siehe § 9.

der Verkäufer nicht allein seine weitem Ansprüche gegen den Käufer einbüsst, sondern diesem auch für den dadurch erwachsenden Schaden verantwortlich wird. Doch wird man einwenden, warum besteht denn eine Androhung resp. Anzeige im Art. 354, welcher wie Art. 357 darauf basirt, dass die Waare noch nicht in das Eigenthum des Käufers übergegangen ist? Diese Frage ist sehr am Platze. Denn, wenn wie eben hervorgehoben, die Nothwendigkeit und Nützlichkeit der Androhung besonders darin ihren Grund hat, weil nach Art. 343 der Verkäufer durch den Verkauf der Waare in die Dispositionsbefugnisse des Käufers über sein Eigenthum eingreift, so ist nicht abzusehen, warum nach Art. 356, wo die Waare immer als nicht tradirt angesehen wird, ebenfalls eine dem Art. 343 analoge Androhung statuirt werden soll.

Dennoch ist die Androhung resp. Anzeige des Art. 354 ganz gerechtfertigt. Sie ist nur auf einer andern juristischen Grundlage basirt, als diejenige des Art. 343. Der Gesetzgeber ist bei der Normirung des Art. 354 von dem Gedanken ausgegangen, dass es immer in der Intention der Parteien liege, an der wirklichen Erfüllung des abgeschlossenen Vertrages festzuhalten, selbst dann noch festzuhalten, wenn die zur Lieferung bestimmte Zeit ohne Lieferung abgelaufen ist; es dürfe daher nicht ohne Weiters das Verkaufs- oder Rücktrittsrecht ausgeübt werden, sondern erst dann, wenn unter der Androhung innert einer gewissen Frist die verspätete Erfüllung zu vollziehen, der säumige Contrahent dieser Mahnung nicht nachgekommen sei.

Ganz anders verhält sich dies beim Fixgeschäft. Hier trifft nicht bloss die Voraussetzung des Art. 343 nicht zu (dass nämlich die Androhung bloss bezwecke, den starken Eingriff des Verkäufers in die Rechte des Käufers zu mildern), sondern auch die Voraussetzung der Anzeige im Falle des Art. 354. Beim Fixgeschäft ist ja die nicht zur vereinbarten Erfüllungszeit geleistete Erfüllung eine wesentlich andere, als die vereinbarte Erfüllung. Der Säumige kann hier nicht wie im Art. 354 auch noch nach Ablauf der Lieferungszeit darauf rechnen, dass eine spätere Erfüllung angenommen werde. Das Interesse der Contrahenten, wie es in so vielen Entscheidungen heisst, steht und fällt mit der genauen Einhaltung der bestimmten Zeit und eine Anzeige, wie die im Art. 356 statuirte, müsste der Natur des Fixgeschäftes völlig widersprechen. Mit der Ursache fällt aber auch die Wirkung; mit der Anzeige die *purgatio moræ*, d. i. die Gestattung einer Nachfrist zur Nachholung der versäumten Lieferung. Die *Purgatio moræ*, welche bei den nicht fixen Lieferungsgeschäften eine so grosse Rolle

spielt und die Ausübung der beiden Rechte (Verkaufs- und Rücktrittsrecht) in vielen Fällen illusorisch macht, hat beim Fixgeschäft ihre Bedeutung verloren. Nur insofern hat sie auch bei letzterem einen, wenn auch ganz verkümmerten Werth, als dem morosen Contrahenten, falls die nicht säumige Partei Erfüllung nebst Schadenersatz begehrt, zur Nachholung der hinterherigen Lieferung eine gewisse Frist gewährt werden muss. Und gerade hierin zeigt sich wieder eine essentielle Verschiedenheit der Fixgeschäfte von den Nichtfixgeschäften: Bei den erstern characterisirt sich die *purgatio moræ* als ein Recht; bei den letztern als eine Pflicht des nichtsäumigen Contrahenten. Dort verfügt der Wille des berechtigten Contrahenten, hier die Vorschrift des Gesetzes die *purgatio moræ*.

Wirkungen (Inhalt) des Rechtes auf Schadenersatz nach regelrecht erfolgtem Verkauf der Waare.

Hat der Verkäufer bei Verzug des Käufers in Bezahlung des Kaufpreises das Verkaufsrecht mit Schadenersatz gewählt und vorschriftsgemäss die Waare für Rechnung des Käufers verkauft, so gestaltet sich das weitere Verfahren folgendermassen:

Drei Eventualitäten sind möglich: entweder der Erlös aus dem Verkaufe der Waare ist unter dem vereinbarten Kaufpreise nebst Interesseforderung geblieben, oder er bezieht sich gleich hoch, wie diese Summe, oder endlich, er übersteigt dieselbe. In den allermeisten Fällen wird natürlich nur die erstgenannte Eventualität eintreten, denn bei einem über das *pretium* gehenden Werthe der Waare wird der Verkäufer das Verkaufsrecht nebst Schadenersatz zu Gunsten des Rücktrittsrechtes fallen lassen; dass aber die Möglichkeit des Eintretens der beiden andern Eventualitäten nicht ausgeschlossen bleibt, lässt sich nicht bezweifeln. Wie dem auch sei, im einen wie im andern Falle hat der säumige Käufer, für dessen Rechnung ja verkauft wurde, *einen Anspruch auf Rechnungsablage gegenüber dem Verkäufer*.

Dieser Anspruch ist in erster Linie *kein materieller*, sondern ein *processualischer*. Doch steht hinter diesem processualischen Anspruch der materielle, welcher bei Eintritt der ersten Eventualität darauf abzielt, vom Verkäufer zu vernehmen, wie hoch und in welcher Weise er die Differenzsumme berechne, und welcher bei Eintritt der dritten Eventualität auf Herausgabe dessen geht, was der Käufer nach dem Ergebniss der Rechnungsablage mehr zu fordern hat, der Anspruch auf das Reliquum reddere.

Soll der Rechnungsablage Werth beigelegt werden, so muss sie auf eine gewisse Vollständigkeit Anspruch machen können. Diese Vollständigkeit der Rechnungsablage bezieht sich einerseits auf das *quantum* und anderseits auf das *quale*.

Die Rechnungsablegung soll *in quanto* vollständig sein, d. h. der Verkäufer hat in derselben nicht nur seine Auslagen, welche als Klagansprüche, sondern auch die Einnahmen, welche als verpflichtende Zugeständnisse aufzufassen sind, genau und vollständig zu verzeichnen.

Die *Auslagen* anlangend umfassen dieselben einerseits das *pretium*, welches vom säumigen Käufer nicht geleistet worden und anderseits das Interesse, welches aus dem Verzuge in Bezahlung des Kaufpreises entspringt. Die Berechnung des Interesse beurtheilt sich nach denselben Grundsätzen, wie diejenige beim Wahlrecht der Naturalerfüllung nebst Schadenersatz, wesswegen wir auf ein näheres Eintreten verzichten. Unter der Rubrik der Einnahmen hingegen wird lediglich der Erlös aus dem Verkauf der Waare figuriren.

Die Rechnungsablegung soll aber auch *in quali* vollständig sein, d. h. der Rechnungssteller (Verkäufer) soll dem säumigen Käufer vor Allem Auskunft darüber geben, dass der Verkauf der Waare nach den Vorschriften des Art. 343 und Art. 357, Abs. 2 erfolgt ist; denn nur ein regelrecht vollzogener Verkauf gestattet dem Verkäufer, das Schadenersatzrecht wirksam geltend zu machen. Ebenso umfasst das *Quale* auch die Natur und Beschaffenheit der verzeichneten Klagansprüche. Bloss die Höhe der Interesseforderung (das *quantum*) zu verzeichnen, ohne auch über die Bestandtheile derselben Auskunft zu geben (z. B. ob dieselben bloss Verzugszinse oder ein weitergehendes Interesse, eine Conventionalstrafe in sich begreife), genügt nicht. Dabei ist jedoch zu bemerken, dass die qualitative Vollständigkeit sich einerseits nach dem bemisst, was der Käufer zu wissen ein Interesse hat und anderseits nach dem, was der Rechnungssteller Auskunft zu geben im Stande ist.

Erst nachdem in solcher Weise der Käufer in Kenntniss gesetzt ist, wird der Verkäufer von demselben die Differenz einfordern und dieselbe auch vor Gericht, ohne irgend welche Einrede des Käufers befürchten zu müssen, siegreich behaupten können.

Sollte der Verkäufer überhaupt nicht Rechnung ablegen wollen oder doch eine bezüglich Quantität und Qualität vollständige Rechnungsablage verweigern, oder hegt der Käufer gegen die Vollständigkeit und Aechtheit der abgelegten Rechnung gegründeten Zweifel, so stehen dem

Käufer u. E. zwei Mittel zur Verfügung, den Verkäufer zu einer geordneten und sichern Rechnungsstellung zu zwingen.

Entweder er verhältet sich passiv, indem er die geforderte Differenzsumme zu bezahlen so lange sich weigert, bis der Rechnungssteller seinem Begehren nachgekommen ist; oder er wird activ, indem er vermittelt des sogenannten Manifestationseides vom Käufer Rechnungsablage fordert. „Denn dieser Manifestationseid“, sagt Rödiger,²²⁾ „wird nicht nur zu verlangen sein von dem Occupator hereditatis, dem Autor, curator, negotiorum gestor, sondern von *jedem, qui Administrationem bonorum in se suscepit*“.

Den ersten Weg wird der Rechnungsherr (der säumige Käufer) dann einschlagen, wenn er die Richtigkeit des Rechnungsergebnisses an und für sich nicht in Frage stellen will, wohl aber eine nähere Specialisirung der in Rechnung gestellten Expenses wünscht.

Den zweiten Weg aber wird er wählen, sobald er die Richtigkeit und Vollständigkeit der Rechnungsablage negirt.

γ. Das Rücktrittsrecht.

Die bisher behandelten Rechte des Fixverkäufers haben ihr Fundament in der Aufrechterhaltung des Vertrages. Das Rücktrittsrecht hingegen basirt umgekehrt auf einem gänzlichen Abgehen von dem vereinbarten Vertragswillen.

Um die Sonderstellung, welche das Rücktrittsrecht zu den beiden andern Alternativen einnimmt, gehörig zu beleuchten, wird es nicht ohne Nutzen sein, in Berücksichtigung zu ziehen, welchen Standpunkt einerseits die Theorie und Praxis des gemeinen Rechts und andererseits die Nürnbergerconferenz bei den Berathungen des H. G. Entwurfs zu demselben eingenommen haben.

So controvers auch die gemeinrechtliche Lehre darüber ist, ob und in welchem Umfange ein Rücktrittsrecht bei Verzug in Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages statuirt werden könne, so lehrreich ist sie doch für ein richtiges Verständniss des handelsrechtlichen Rücktritts beim Fixgeschäft. Wiewohl es uns hier nicht zukommt, auf eine einlässlichere Erörterung dieser Frage im gemeinen Rechte einzutreten, so erachten wir es doch für geboten, den heutigen Stand der Wissenschaft bezüglich des Rücktrittsrechts in kurzen Worten zu streifen.

²²⁾ Fr. E. Rödiger: Versuch einer vollständigen Entwicklung der Lehre vom Manifestationseid. Leipzig 1831.

U. E. lassen sich die Ansichten der verschiedenen Rechtslehrer über die Frage der Zulassung resp. Nichtzulassung des Rücktrittsrechtes bei gegenseitigen Verträgen unter zwei Rubriken ordnen.

1) Die Ansicht derjenigen, welche bei allen gegenseitigen Verträgen für den nicht säumigen Contrahenten ein selbstständiges Rücktrittsrecht gestatten, sobald nur die nachträgliche Leistung des säumigen Contrahenten der Gegenpartei durch den Verzug nutzlos²³⁾ geworden ist (Thibaut System I, § 83; Glück Commentar IV, p. 417; Wening-Ingenheim Civilrecht III, § 129).

2) Die Ansicht derjenigen, welche von einem Rücktrittsrecht *κατ'εξοχήν* nichts wissen, dasselbe vielmehr als einen Bestandtheil des Interesses ansehen wollen. Nach ihnen tritt das Rücktrittsrecht nicht als selbstständiges Recht, sondern bloss als ein integrierender Bestandtheil des Interesseanspruchs auf, mit andern Worten: ein Rücktrittsrecht ist nur insofern zugelassen, als der nicht säumige Gläubiger ein Interesse daran hat, die Leistung des säumigen Schuldners zurückzuweisen, wenn ihm das zu Leistende zu dem Zwecke, zu welchem er es sich hat versprechen lassen, unbrauchbar geworden ist. „Es kann, sagt Windscheid (Pandecten § 280, Note 1), von dem Gläubiger nicht verlangt werden, dass er einen Nachtheil, welchen er abwenden kann (durch Nichtannahme der verschuldeten Leistung) oder abwenden konnte (durch anderweitige Fürsorge für sein Bedürfniss), erleide, um hinterher Ersatz einzutreiben.“

Die Verschiedenheit dieser Ansicht von der obigen tritt klar zu Tage, wenn man bedenkt, dass bei der sub 1) berührten eine völlige Vernichtung, Auflösung des gegenseitigen Vertrages herbeigeführt wird, während die sub 2) angeführte Ansicht an dem Rechtsbestande des gegenseitigen Vertrages nicht rütteln will, sondern gerade auf Grund der Rechtsgültigkeit desselben den Interessenanspruch geltend macht. Auf der Basis dieser zweiten Ansicht, welche die heutzutage herrschende genannt werden kann, machen sich hinwiederum auf Grund folgender Ursache zwei Strömungen geltend. Man lege sich die Frage vor: ob derjenige Theil, welcher einen gegenseitigen Vertrag erfüllt hat, bei Verzug des andern Contrahenten nicht ein selbstständiges Rücktrittsrecht im Sinne der Ansicht sub 1) habe (Rückforderung des schon Geleisteten), oder ob er nur vermittelt des Interesseanspruchs

²³⁾ Wann die Leistung nutzlos wird, siehe Regelsberger Archiv für civil. Praxis Bd. 50: Ueber das Recht zum Rücktritt vom Kaufgeschäfte wegen Verzug in Erfüllung.

(wie sub 2) das seinerseits Geleistete zurückfordern und die nicht rechtzeitige Leistung der Gegenpartei zurückweisen dürfe, wenn sie ihm in Folge der Mora gänzlich unnütz geworden sei, und gelangte in Folge dieser Fragestellung zu einem verschiedengearteten Resultate.

a) Die Ansicht von Römer (in Goldschmidt's Zeitschrift f. H. XIX, p. 123 und folgende) geht dahin, dass im Falle der nicht rechtzeitigen Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages, wenn der nicht säumige Contrahent seinerseits den Vertrag erfüllt hat, für den letztern ein selbstständiges *Rücktrittsrecht* unter allen Bedingungen nicht zulässig sei. Römer motivirt seine Ansicht ungefähr folgendermassen: Derjenige, welcher bei einem gegenseitigen Vertrag mit seiner Leistung vorangeht, leistet nur das, was er zu leisten sich verpflichtet hatte. Die Voraussetzung (Causa) seiner Leistung ist nicht die Vornahme seiner Gegenleistung, sondern die mit dem Vertragsabschluss begründete Verpflichtung. Er hat *solvendæ causa*, nicht ob *causam futuram* geleistet. Die Folge davon wird sein, dass er das von ihm Geleistete nicht etwa mit einer *Condictio causa data, causa non secuta* zurückzufordern berechtigt ist. Da ferner der Empfänger das Geleistete durchaus nicht *sine causa* hat, indem er ja seinerseits kraft des Vertragsabschlusses ein Forderungsrecht auf das Empfangene hat und dem andern Contrahenten, welcher erfüllt hat, anderseits als Aequivalent für die erfüllte Verbindlichkeit ein Forderungsrecht auf die Gegenleistung zusteht, so kann sich der Verzugsberechtigte auch nicht auf eine *Condictio sine causa* berufen.

b) Die Ansicht von Windscheid (Pandecten § 321, Nr. 2) geht dahin, dass im Falle der nicht rechtzeitigen Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages, wenn der nicht säumige Contrahent seinerseits den Vertrag erfüllt hat, für den letztern allerdings ein wahres, selbstständiges *Rücktrittsrecht* statuiert werden könne, aber bloss dann, wenn derselbe in der irrigen Annahme bereits erfolgter oder in der Erwartung erfolgender Gegenleistung geleistet hat und zugleich bei seiner Leistung in erkennbarer Weise hervorgetreten ist, dass diese Annahme bzw. Erwartung die Voraussetzung seiner Leistung bilde.

So divergirend diese verschiedenen Ansichten nun auch sind, indem die eine im Falle der Nutzlosigkeit der hinterherigen Leistung ein selbstständiges *Rücktrittsrecht* gestattet, die andere aber in diesem *Rücktrittsrecht* bloss einen Bestandtheil der Interesseforderung erblickt etc., so zeigen sie doch darin eine grosse Uebereinstimmung, dass das gemeine Recht bei Verzug in Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages ein

Rücktrittsrecht immer *nur in beschränkter Weise*, niemals aber unbedingt zugelassen hat: ein Moment, welches wir sowohl rücksichtlich der Voraussetzungen als Wirkungen des handelsrechtlichen Rücktritts niemals aus den Augen verlieren dürfen.

Bevor wir jedoch auf das Rücktrittsrecht des H. R. selbst eintreten, mag noch der Berathungen der Nürnbergerconferenz Erwähnung gethan sein. Diese Berathungen, bei welchen die gemeinrechtliche Lehre über das Rücktrittsrecht vielfach in Erörterung gezogen worden ist, bieten interessante Einzelheiten, welche unerwähnt zu lassen, um so weniger Berücksichtigung verdienen kann, als das Rücktrittsrecht des Verkäufers bei Verzug des Käufers in Bezahlung des Kaufpreises in eingehendster Weise deliberirt wurde.

Nachdem in erster Lesung im Gegensatz zum gemeinen Rechte das Rücktrittsrecht bedingungslos als eine der drei Alternativen des nicht säumigen Contrahenten acceptirt worden war, wurde in zweiter Lesung (Protocolle 391) wiederum beantragt, das fragliche Rücktrittsrecht wegen Verzug des Mitcontrahenten bezüglich des Kaufvertrages ganz und bezüglich des Lieferungsgeschäftes rücksichtlich des Verkäufers auszuschliessen. Das Natürliche und Sachgemässe, hiess es bei Begründung dieses Antrages, sei offenbar, von einer vollkommenen Sicherheit der Obligation auszugehen und es den Parteien zu überlassen, für den einzelnen Fall nach Bedürfniss eine leichtere Auflösung durch besondere Verabredung zu ermöglichen. Das bedingungslose Rücktrittsrecht verletze den ganzen Zusammenhang der Obligation. Höchstens für den Käufer resp. den Bezieher der Lieferung bestehe ein Interesse an dem Rücktritt vom Vertrage. Das Interesse des Verkäufers resp. Uebernehmers der Lieferung hingegen sei in der Forderung des Kaufpreises mit Verzugszinsen erschöpft. Der Käufer habe ja im Unterschiede vom Tauschhandel nicht seinerseits auch eine Sache zu leisten, sondern den Kaufpreis in Geld zu bezahlen. Geld aber habe als das allgemeine Werthmass aller Vermögensrechte kein beschränktes, vorübergehendes Interesse. Auch würden durch die Statuirung des Rücktrittsrechtes die Folgen der Mora ungebührlich erschwert. Das bisherige Recht wolle nur verhüten, dass dem Gläubiger der Verzug des Schuldners nicht zum Nachtheile gereiche, während in jenem Falle der Verzug von dem Gläubiger zu seiner Bereicherung ausgebeutet werden könne.

Das fragliche Rücktrittsrecht des Verkäufers habe insbesondere aus dem Grunde die erheblichsten practischen Bedenken gegen sich, weil im Handelsverkehre selten ein Geschäft für sich allein, sondern

in der Regel mit einer Reihe von Geschäften im Zusammenhange stehe. Der Käufer habe meist mit Rücksicht auf den Einkauf der Waare andere Verkäufe abgeschlossen und Verbindlichkeiten eingegangen, die er mit den eingekauften Waaren zu erfüllen gedenke. Wenn nun der Verkäufer bloss wegen eines Verzuges des Käufers, welcher ja nicht immer durch eine Culpa veranlasst sei, sondern ohne alles Verschulden eintreten könne (z. B. dadurch, dass ein zur Deckung des Kaufschillings eingesandter Wechsel unvermuthet Mangels Zahlung protestirt werde), vom Vertrage zurücktreten könne und dürfe, so werde hierdurch eine unlösbare Verwirrung, jedenfalls ein ganz verhältnissmässiger Nachtheil für den Käufer entstehen. Diesen theilweise gewiss sehr begründeten Behauptungen wurde aber von anderer Seite entgegnet:

Der Verkäufer könne recht wohl auch schon desshalb ein Interesse an dem Rücktritte haben, weil es ihm unter Umständen wünschenswerther sei, schnell und sicher, wenn selbst mit einigen Verlusten, loszukommen, als nur das Recht zu haben, die Waare für Rechnung des Käufers zu verwerthen. Zudem müsse der Verkäufer als Kaufmann immer auf das sichere Eingehen der Summe Geldes rechnen, um sich desselben zu weitem Speculationen zu bedienen, die ihm bei verspätetem Eingehen des erstern unmöglich würden. Mit Rücksicht hierauf erscheine das in Frage stehende Recht des einfachen Rücktritts vom Vertrage auch für den Käufer als ein dringendes Bedürfniss, damit er anderweitig über die Waare verfüge und sie schnell in Geld umsetzen könne. Das Recht, die Waare für Rechnung des Käufers zu verwerthen, schütze das Interesse des Kaufmanns nicht immer in ausreichender Weise; denn er komme dadurch nicht für alle Zeit von der Sache los. Er habe dann immer noch die Verpflichtung, dem Käufer Rechenschaft zu geben und die Beobachtung möglichster Sorgfalt zu beweisen. Auf diese Auseinandersetzungen hin wurde schliesslich das Rücktrittsrecht in zweiter, sowie auch in dritter Lesung unverkürzt in der jetzigen Redaction acceptirt.

Aus der gedrängten Darstellung der gemeinrechtlichen Lehre im Zusammenhang mit den Berathungen der Nürnberger Conferenz ergibt sich, dass das in Art. 354, 355 und 357 statuirte Rücktrittsrecht keineswegs römischen oder gemeinrechtlichen Bestimmungen entlehnt ist, sondern wie Kowalzig²⁴⁾

²⁴⁾ Kowalzig: Commentar z. d. H.G.B. pag. 498. Ebenso Auerbach in Siebenhaar's Archiv für Handelsrecht XIII, sowie Bluntschli in Seuffert's Blättern für Rechtsanwendung Bd. XVIII, pag. 353—359. Bluntschli sagt gelegentlich: „Dass

sagt: „ein singuläres, ausnahmsweise nur für den Handelsverkauf und dem ihm gleichstehenden Lieferungsvertrag bestimmtes Recht ist“. Aus einem nothwendigen Bedürfniss des Handelsverkehrs hervorgegangen, tauchte es auf deutschem Boden zuerst in Art. 250 des Preuss. Entwurfs zu einem H. R. auf (Motive z. Preuss. Entwurf, p. 131), welcher eine getreue Copie des Art. 1184 des Code Napoléon war: La condition résolutoire est toujours sousentendue dans les contracts synallagmatiques pour le cas, où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Einzig der Schlusssatz dieses letztern Artikels: La résolution doit être demandée en justice, welcher im Preuss. Entwurf Art. 250 ebenso nicht fehlte, ist bei der Redaction des H. G. B. weggefallen und damit an die Stelle der Auflösungs- oder Nichtigkeitsklage das Rücktrittsrecht selber getreten.

Wenn wir im Folgenden auf eine kurze Erörterung der Voraussetzungen und Wirkungen des Rücktrittsrechtes eintreten, so mag es uns gestattet sein, einerseits des Zusammenhangs wegen auf früher Gesagtes zurückzukommen, anderseits aber die gemeinrechtlichen Bestimmungen über das Rücktrittsrecht mit in Berücksichtigung zu ziehen.

Was die Voraussetzungen zur Geltendmachung des Rücktrittsrechtes anbetrifft, so haben wir schon anlässlich der Frage der Begründung des Verzugs darauf hingewiesen, dass das Rücktrittsrecht des Fixgeschäftes, soll der jurist. Consequenz und der Aequitas nicht zuwider gehandelt werden, einen *verschuldeten* Verzug durchaus nicht voraussetze, dass jede nicht rechtzeitige Erfüllung oder Nichterfüllung eines Fixgeschäftes von Seiten des einen Contrahenten den andern Theil zum Rücktritt berechtige.

In dieser Beziehung gleicht das Rücktrittsrecht des Fixgeschäftes auf ein Haar der röm. rechtl. lex Commissoria, welche ja nichts anderes ist, als eine Abrede (lex), wonach einer Partei der Rücktritt gestattet wird für den Fall, dass die andere Partei ihre Verbindlichkeit nicht erfüllen sollte (C. 1 D. 18. 3 de leg. Com.). Erfüllt nun der eine Contrahent nicht rechtzeitig, so ist die Gegenpartei berechtigt, ihren Rücktritt vom Vertrage zu erklären, gleichviel ob die nicht rechtzeitige Erfüllung oder Nichterfüllung *in einer Schuld des Contrahenten ihren Grund hatte oder nicht*.

So sehr nun auch das Rücktrittsrecht bei nicht rechtzeitiger Er-

das Rücktrittsrecht des Käufers und Verkäufers wegen verspäteter Lieferung in der Regel auf den Handelsverkehr zu beschränken, nicht auf den Kaufvertrag überhaupt auszudehnen sei“.

füllung eines Fixgeschäftes dem röm. rechtl. Institute des *lex Commissoria* in dieser Hinsicht²⁵⁾ gleicht, so sehr differirt es von dem Rücktrittsrechte des gemeinen Rechts bei Verzug in Erfüllung eines gegenseitigen Vertrags, wiewohl man hier eine grosse Uebereinstimmung der beiden Institute voraussetzen dürfte. Das Rücktrittsrecht des H. R., welches an das Factum der nicht rechtzeitigen Erfüllung des Fixgeschäftes geknüpft ist, *characterisirt sich als ein in allen Theilen unbedingtes und selbstständiges Recht*. Damit ist

1) Die Streitfrage des gemeinen Rechts: ob die Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages ein wahres, selbstständiges Recht zum Rücktritte zu statuiren, oder ob dasselbe als ein Bestandtheil des Interesseanspruchs aufzufassen sei, total erledigt. Das H. R. statuirt neben dem Interesseanspruch ein selbstständiges Rücktrittsrecht.

2) Für's zweite statuirt das gemeine Recht ein Zurücktreten vom Vertrage nur dann, wenn die hinterherige Leistung des säumigen Contrahenten sich als gänzlich nutzlos herausstellen würde. Das handelsrechtliche Rücktrittsrecht beim Fixgeschäft ist unbedingt zugelassen, gleichviel ob die hinterherige Leistung sich für den nicht säumigen Contrahenten als unbrauchbar herausstellt oder nicht.

3) Drittens ist die Controverse des gemeinen Rechts: ob bei Verzug in Erfüllung eines gegenseitigen Vertrags, wenn der nicht säumige Contrahent seinerseits den Vertrag erfüllt hat, für diesen letztern ein Rücktrittsrecht ausgeschlossen sei oder nicht, für den Rücktritt beim Fixgeschäft völlig irrelevant²⁶⁾. Im einen wie im andern Falle, gleichviel ob der nicht säumige Käufer pränumerando gezahlt hat oder nicht, bewirkt die nicht rechtzeitige Uebergabe der Waare seitens des Fixverkäufers ein Rücktrittsrecht für den Fixkäufer.

Die Geltendmachung des Rücktrittsrechtes selber ist nur an das Erforderniss einer ausdrücklichen Willenserklärung (in einem Falle ge-

²⁵⁾ Freilich in anderer Hinsicht darf dieser Vergleich nicht aufrecht gehalten werden. Denn abgesehen davon, dass ja das durch die *lex commissoria* begründete Rücktrittsrecht einer Parteiconvention seinen Ursprung zu verdanken hat, das Rücktrittsrecht des Fixgeschäftes aber nicht in einer Privatdisposition der Contrahenten, sondern im Gesetze selber begründet liegt, stimmen die rechtlichen Wirkungen des durch die *lex commissoria* begründeten Rücktrittes mit denjenigen des Rücktrittsrechtes beim Fixgeschäft sehr wenig überein.

²⁶⁾ In Betreff des Verzuges seitens des Fixkäufers ist jene Controverse schon an und für sich irrelevant, indem hier nur dann die drei alternativischen Rechte des Art. 354 in Betracht kommen, wenn der nicht säumige Fixverkäufer noch nicht vorgeleistet, d. h. die Waare noch nicht tradirt hat.

nügt auch eine stillschweigende) gebunden, im Gegensatze zu der Ausübung der beiden andern Rechte des Fixverkäufers, welche ausser einer ausdrücklichen Willenserklärung noch eine bestimmte positive Handlungsweise seitens des nicht säumigen Contrahenten verlangen (Siehe § 4.)

Die Wirkungen des Rücktrittsrechtes anlangend, ist folgendes Princip an die Spitze zu stellen:

Der Rücktritt beim Fixgeschäft (wie überhaupt bei jedem Handelsverkauf) bewirkt, dass alle Rechte und Verbindlichkeiten aus demselben ipso jure erlöschen, gleich als ob es überhaupt nicht geschlossen wäre. Der Verkäufer übernimmt die Waare wieder auf seine Gefahr, natürlich vorausgesetzt, dass die Gefahr vorher bereits auf den Käufer übergegangen war (Fr. v. Hahn, Art. 354, § 14.) Eine Schadloshaltung für die Auslagen, wie Transport-, Lagerungs- und Assecuranz-Kosten kann der Verkäufer ebensowenig verlangen, wie der nicht säumige Käufer, welcher pränumerando gezahlt hat, bei Verzug des Verkäufers Zinsen vom Tage der Zahlung an verlangen kann. Alles, was der verzugsberechtigte Contrahent auf Grund des Fixgeschäftes geleistet hat, also z. B. der Käufer, wenn er pränumerando gezahlt hat, kann er mit einer Rückerstattungs- (Rückforderungs-) Klage (Condictio causa data, causa non secuta; C. sine causa) zurückfordern.

Nach dem Principe aber, dass die Auflösung des Vertrages ex tunc und nicht etwa ex nunc wirke (um uns einer nachklassischen Redewendung zu bedienen) beurtheilen wir auch die nachstehende Rechtsfrage. Prof. Fick hat in dem schon einmal angeführten Rechtsgutachten (pag. 27) über die Wirkungen des Rücktrittsrechtes sich folgendermassen geäussert: „Was die dritte Befugniss (Rücktritt) anbelangt, so kann in Zweifel gezogen werden, ob ein Fixverkäufer gegenüber dem säumigen Fixkäufer auch dann, wenn, wie im vorliegenden Falle, die Speculation freilich, nicht im ganzen gehofften Umfange, aber doch bis zu einem Grade zu Gunsten des säumigen Käufers ausgefallen ist, dem Wortlaut des Art. 354, auf welchen Art. 357 hinweist, entsprechend in dem Sinne ausüben könne, dass die an sich dem Käufer gebührende Cursdifferenz per Stichtag demselben gar nicht vergütet zu werden braucht, oder ob in einem solchen Falle der Rücktritt entgegen dem Wortlaute des Art. 354 doch nur mit gleichzeitiger Gutschrift der Cursdifferenz per Stichtag erklärt werden könne. Der Fall von Prof. Fick ist exempli gratia folgender: A. hat dem B. 100 Stück Eisenbahnactien per 1. März 1881 fix, ein Stück à 80 Fr. verkauft. Am Stichtage (1. März) leistet der Fixkäufer B. nicht (er geräth

in Zahlungsverzug und damit zugleich in Empfangnahmeverzug). Der Coursstand aber ist am 1. März von 80 auf 100 Fr. gestiegen. Frage: kann der Fixverkäufer, welcher von den drei Alternativen diejenige des Rücktritts gewählt hat, entsprechend dem Art. 354 vom Fixverkaufe einfach zurücktreten, gleich als ob derselbe niemals geschlossen worden wäre oder kann er den Rücktritt nur mit gleichzeitiger Gutschrift der Cursdifferenz am Stichtage, in unserm Falle mit Gutschrift von 2000 Fr. erklären? Mit andern Worten: wird die Wirkung des Rücktritts bloss auf den Stichtag oder auf den Tag des Vertragsabschlusses zurückbezogen?

Wenn auch die Begründetheit dieser Frage nicht in Abrede zu stellen ist, so will es uns doch scheinen, dass der Wortlaut des Gesetzes (des Art. 354 sowohl, wie des Art. 355) keinen Zweifel darüber lässt, dass der Gesetzgeber mit den Worten: „ob er von dem Vertrage abgehen will, gleichfalls ob derselbe nicht geschlossen wäre“ nichts Anderes habe bezeichnen wollen, als dass die Wirkung des Rücktrittes auf den Tag des Vertragsabschlusses zurückbezogen werden solle, in unserm Falle also, dass A. pure vom Fixverkaufe zurücktreten könne, ohne dem Fixkäufer B. die Cursdifferenz per Stichtag mit 2000 Fr. gut schreiben zu müssen. Ist einmal zugegeben, dass ein gesetzlicher Ausdruck so und nicht anders interpretirt werden könne (was auch Prof. Fick mit den Worten: „entsprechend dem Wortlaut des Art. 354“, einräumt), so müssen selbst Billigkeitsrücksichten, so sehr sie auch begründet sein mögen, dem klaren Wortlaut des Gesetzes gegenüber ausser Acht gelassen werden.

Wir haben schon zu öfteren Malen Gelegenheit gehabt, darauf hinzuweisen, dass für das Recht zum Rücktritt beim Fixgeschäft völlig gleichgültig sei, ob die nicht rechtzeitige Erfüllung oder Nichterfüllung ihren Grund in einer Culpa debitoris habe oder nicht. Das H. G. B. hat sich zwar hierüber, wie überhaupt über die Voraussetzungen zur Mora, nirgends ausgesprochen; es muss dies aber aus der Natur des Fixgeschäftes gefolgert werden. Die Handlungsgebräuche und in deren Ermanglung die meisten neuern bürgerlichen Civilgesetzbücher, z. B. das sächsische bürgerliche Gesetzbuch § 865 haben das Ihrige gethan, um diesem Satze Geltung zu verschaffen. So einfach derselbe nun auch ist, so muss er doch in einer Hinsicht Bedenken erregen. Unwillkürlich wirft sich nämlich die Frage auf, vermag Culpa, vermag Dolus beim Rücktrittsrecht nicht mehr zu wirken, als Nichtverschuldung, Nicht dolus? Mit andern Worten: derjenige, welcher wegen verschuldeter

oder böswilliger, nicht rechtzeitiger Lieferung den Rücktritt vom Fixgeschäft erklärt, soll mit demjenigen auf gleiche Linie gestellt werden, welcher wegen unverschuldeter, nicht rechtzeitiger Erfüllung zurücktritt? Das gemeine Recht hat überall an das Merkmal des Dolus und der Culpa gegenüber der Nichtverschuldung strengere Consequenzen geknüpft; das moderne Handelsrecht soll diesen Standpunkt verlassen, indem es in dem einen wie in dem andern Falle dem vom Fixvertrage Zurücktretenden nicht mehr und nicht weniger Rechte einräumt?

In richtiger Weise hat der Entwurf zu einem schweizerischen Obligationenrecht diesen Uebelstand gefühlt und denselben folgendermassen zu heben gesucht: Nachdem der Art. 124 des genannten Entwurfs (Beschlüsse der Redaction von 1878), falls das Fixgeschäft von der einen Seite nicht erfüllt wird, der Gegenpartei ein Rücktrittsrecht eingeräumt hat, fährt der Entwurf in Art. 125 fort: „In den Fällen des Art. 124 kann der vom Vertrag Zurücktretende das etwa von seiner Seite Geleistete zurückfordern und überdies, wenn ein *Verschulden* des Schuldners nachgewiesen wird, Schadenersatz verlangen.“ Kürzer: die unverschuldete Nichterfüllung gewährt Rücktritt vom Vertrage; die verschuldete Nichterfüllung aber Rücktritt plus Schadenersatz.

Obgleich wir diese Bestimmungen des Entwurfs zum schweizerischen Obligationenrecht vom Standpunkt einer richtigen Abwägung des Schuldmaasses billigen und gerne eingestehen, dass jene ganze Materie über objective und subjective Mora dem Rechtsgefühl sehr wohl entspricht, so müssen wir doch in anderer Hinsicht die Bestimmungen des H. G. B., welches bei verschuldeter wie unverschuldeter Nichterfüllung eines Fixgeschäftes immer dem Zurücktretenden nur Rücktritt und ein Mehreres (Schadenersatz) nicht gewährt, in Schutz nehmen.

Der Rücktritt bewirkt die Auflösung, die Nichtigkeit des Vertrages von Anfang an. Die Nichtigkeit des Vertrages und Schadenersatz aus demselben ist aber incompatibel. Jene Ansicht von v. Ihering (Schuldmoment), dass der Begriff der Nichtigkeit als Abwesenheit „gewisser“, nicht aller Wirkungen des Vertrages aufzufassen und daher auch bei Nichtigkeit ein Schadenersatzrecht zulässig sei, wird heut zu Tage nirgends mehr aufrecht gehalten und die Zulassung des Schadenersatzrechtes auf Grund eines nichtigen Geschäftes, also die Aufstellung eines negotium nullum als fundamentum actionis für eine Anomalie angesehen.²⁷⁾

²⁷⁾ Vergl. Drechsler: Die Schadenersatzklage bei nichtigen Verträgen. Inaugural-Dissertation. 1879. Goldschmidt, Zeitschrift N. F. X, pag. 296.

§ 6 c. Verzug des Fixverkäufers mit der Uebergabe der Waare, Rechte des Fixkäufers.

(Art. 355 und Art. 357, Abs. 1 und 3).

Der Verzug des Fixverkäufers in Uebergabe der Waare zeigt mit demjenigen des Fixkäufers in Bezahlung des Kaufpreises sehr grosse Uebereinstimmung, nicht nur in Bezug auf die Dreizahl der Wahlrechte, sondern auch in Bezug auf deren Voraussetzungen und Wirkungen bei der Ausübung, eine Folge des Principes: „in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et æquo præstare oportet“ (l. 2, § 3 D. 44. 7). Soweit die verschiedene Natur der Waare und des Kaufpreises eine Verschiedenheit bedingt, soweit werden natürlich auch hier Abweichungen vom Vorigen stattfinden müssen. Wir werden im folgenden so viel als möglich nur auf letztere Bezug nehmen, ohne jedoch ganz auf eine Wiederholung von schon Berührtem zu verzichten.

Das dreifache Wahlrecht, dessen Begründung, wie wir gesehen, lediglich vom Eintritt des Verzugs des Fixverkäufers abhängt, (vide § 3) umfasst die drei alternativischen Rechte der hinterherigen Erfüllung nebst Schadenersatz, des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung und des Rücktrittes. Sie alle drei haben mit einander das Gemeinsame, dass sie bei jeder Mora im technischen Sinn, mag nun der nicht säumige Käufer das pretium prænumerando gezahlt haben, oder nicht, ausgeübt werden können, im Gegensatz zu jenen drei Rechten des Art. 354, welche immer an das Factum einer *noch nicht geschehenen Uebergabe der Waare* geknüpft sind.

α. Recht der hinterherigen Erfüllung nebst Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung.

Die Bedingungen (Voraussetzungen) zur wirksamen Ausübung dieses ersten Rechtes sind die nämlichen, wie die in § 5 angeführten (sub α. Erfüllung nebst Schadenersatz).

Der Inhalt (die Wirkungen) dieses Rechtes beurtheilt sich ebenfalls analog demjenigen, welchen wir hinsichtlich der hinterherigen Erfüllung nebst Schadenersatz beim Verzug des Fixkäufers kennen gelernt haben. Der Fixkäufer ist also berechtigt:

- 1) Erfüllung, d. i. Lieferung der Waare zu verlangen, und
- 2) Schadenersatz, welcher durch die nicht rechtzeitige Lieferung herbeigeführt wurde.

Worin besteht dieser Schadenersatz?

Ueber die Art und Weise, wie derselbe zu berechnen ist, enthält das H. G. B. keine nähern Vorschriften, es kommen also hierüber allgemeine Rechtsgrundsätze zur Anwendung, jedoch unter Festhaltung der Bestimmungen des Art. 283 des H. G. B., wonach derjenige, welcher Schadenersatz zu fordern hat, nicht bloss die Erstattung des wirklichen Schadens, sondern auch den Ersatz des entgangenen Gewinns verlangen kann ¹⁾.

Bei der Berechnung des Schadenersatzes wegen verspäteter Erfüllung ist von folgender Erwägung auszugehen:

Der nicht säumige Fixkäufer verlangt die hinterherige Naturalerfüllung nebst Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung. Es muss ihm also der Kaufgegenstand in Natur geleistet, sowie derjenige Schaden vergütet werden, *welcher ihm in Folge nicht rechtzeitiger Erfüllung vom Beginn der Mora bis zum Tage der thatsächlichen (hinterherigen) Erfüllung getroffen hat.*

Für die Berechnung dieses in der durch zwei fixe Endpunkte bestimmten Zeit entstandenen Schadens ist in erster Linie von wesentlicher Bedeutung der Werth der Waare, welchen dieselbe am *vertragsmässigen* und am *thatsächlichen* Lieferungstage hatte. Hat der Werth der Waare sich nämlich zwischen diesen beiden Zeitpunkten geändert — und dies wird meistentheils bei den fixen Lieferungskäufen, welche über börsen- und marktgängige Waaren abgeschlossen sind, der Fall sein — so wird diese Veränderung entweder darin bestehen, dass die Waare vom Zeit-

¹⁾ In wie weit es sich um die positive Bestimmung der Ersatzleistung bei verschuldeter Schadenszufügung handelt, gehen die verschiedenen Rechtslehrer auseinander. Die Mehrzahl derselben steht auf dem Standpunkt des Handelsrechtes (§ 283), wonach sowohl der positive Schaden wie der entgangene Gewinn erstattet werden muss: also im Gegensatze zur herrschenden Lehre des gem. Rechtes, welches bloss bei Dolus und grobem Verschulden eine Erstattung sowohl des *damnum emergens* als des *lucrum cessans* statuirte, bei *Culpa levis* hingegen nur für *damnum emergens* Haftung eintreten liess. Gegen die Theorie des Handelsrechtes haben sich v. Ihering (p. 215—219, Schuldmoment), Unger Gerichtszeitung 1867, Nr. 78 ausgesprochen. Sie erblicken in der Herstellung eines Gleichgewichts zwischen der Grösse des Verschuldens und des Umfangs der Ersatzleistung ein Postulat der Gerechtigkeit. Sie sagen: Dolus verpflichte schlechthin zum vollen Schadenersatz, Culpa nur innerhalb gewisser Grenzen; für Culpa levis sei eine Haftung des Schuldtragenden für solchen Schaden, welchen er nicht voraussehen konnte, regelmässig nicht zulässig. Die Artikel 57 und 134 des Entwurfs (1879) zu einem schweiz. Obligationenrecht sind unverkennbar auf diese Theorie von Ihering zurückzuführen.

punkte des Verzugs an in ihrem Werthe gleichmässig gestiegen oder darin, dass sie von jenem Zeitpunkte an ihrem Werthe gleichmässig gefallen ist oder endlich darin, dass sie innerhalb der beiden Zeitpunkte Preisschwankungen nach verschiedenen Richtungen ausgesetzt war, so zwar, dass der Kaufsgegenstand des Fixgeschäftes in der Zwischenzeit einen Werth im Verkehr hatte, welcher sowohl den Preis zur Zeit des vereinbarten, als auch den Preis zur Zeit des thatsächlichen Lieferungstages übersteigt.

Im ersten dieser drei genannten Fälle wird der nicht säumige Fixkäufer seinen Schadenersatzanspruch schon dadurch verwirklicht sehen, dass ihm durch die hinterherige Erfüllung die in ihrem Werthe gestiegene Waare nebst allem Zuwachs, wie z. B. Zinsen und Dividendencoupons gegen den vereinbarten Bezugszins ohne Zinsen geliefert wird.

In dem zweiten Falle hingegen wird der Fixkäufer neben der Waare auch noch zur Differenz zwischen dem höhern Marktpreise am vereinbarten Lieferungstage und dem geringern Marktpreise am thatsächlichen Lieferungstage berechtigt sein.

Dieser Satz bedarf einer Erörterung:

Das a. d. H. G. B. hat dem nichtsäumigen Fixkäufer eine solche Differenzforderung nur unter der doppelten Voraussetzung eingeräumt (Art. 357, Abs. 3), dass er Schadenersatz wegen Nichterfüllung begehren sollte und die Preise zur Zeit, wo geliefert werden soll, höher sind, als der Kaufpreis; es hat aber keine Bestimmung für den Fall getroffen, dass der Fixkäufer Naturalerfüllung nebst Schadenersatz fordern sollte und die Preise zur Zeit, wo thatsächlich geliefert wird, niedriger sind, als am vereinbarten (ursprünglichen) Stichtag. *Wohl aber besteht eine solche diesbezügliche Bestimmung im gem. Recht* (siehe Kniep. a. a. O.), welches von der Anschauung ausgehend, dass der Käufer zu dem höhern Preise des Stichtages hätte verkaufen können, zu dessen Gunsten eine solche Differenzforderung für begründet erklärt.

Was steht im Wege, fragt Kniep, diese Lücke des H.G.B. mit jener Vorschrift des gem. Rechtes auszufüllen? Nichts. Im Gegentheil gewinnen u. E. die Vorschriften des H.G.B. dadurch an Gleichmässigkeit und Uebereinstimmung. Denn wie wir gesehen, hat der Gesetzgeber vermittelst des Institutes der Verzugszinse ein Interessesurrogat für den nicht säumigen Fixverkäufer geschaffen. Warum soll er nicht auch, um die Reciprocität zu wahren, für den Fixkäufer das Nämliche thun, gar, wenn es sich um börsen- und marktgängige Waaren handelt,

deren grosse Aehnlichkeit mit Geldleistungen nicht in Abrede zu stellen ist?

Ueberdies — und dies spricht auch für die Statuirung einer solchen Differenzforderung — wird durch jene Vorschrift des gemeinen Rechts das Recht der Naturalerfüllung nebst Schadenersatz, dessen Anwendung beim Fixgeschäft im Verhältniss zu den beiden andern Rechten eine höchst geringe ist, mehr zu Geltung gebracht. Denn nur, wenn der Fixkäufer mit Bestimmtheit darauf zählen kann, dass ihm sowohl ein Sinken wie ein Steigen des Waarenpreises nicht zum Nachtheil gereichen kann, wird er dieses Recht der Naturalerfüllung wählen.

Man wird freilich einwenden, dass durch eine solche Entlehnung gemeinrechtlicher Grundsätze der Speculation des Fixkäufers Thür und Thor geöffnet sei, indem ihm nicht nur ein Steigen, sondern auch ein Fallen der Preise zu Gute komme. Es ist dies richtig. Allein wäre es anders, so würde dies umgekehrt seitens des *Fixverkäufers* eine Speculation zur Folge haben, die um so weniger zu billigen wäre, als sie *der säumigen und schuldigen Partei* zum Vortheile gereichen würde. Folgendes Beispiel mag dies klar stellen: Der Fixkäufer A verlangt vom morosen Fixverkäufer B Naturalerfüllung nebst Schadenersatz. Die zu liefernde Waare hatte am Stichtage einen Werth von 1000 Fr.; am thatsächlichen (hinterherigen) Erfüllungstage ist ihr Cursstand auf 800 Fr. gefallen. Acceptiren wir nun jene gemeinrechtliche Vorschrift auch für's Handelsrecht, so kann der Fixkäufer B ohne Weiteres die Waare und die Preisdifferenz von 200 Fr. verlangen. Bei Mangel einer solchen Bestimmung hingegen dürfte ihm diese Differenzsumme nur dann zuerkannt werden, wenn er zu beweisen vermöchte, dass er die Waare zum Preis des Stichtages weiter verkauft hätte. Würde ihm dieser Beweis, welcher so leicht zu erbringen nicht ist, misslingen, so dürfte ihm diese Differenzsumme nicht zugesprochen werden. Der säumige Fixverkäufer aber hätte dadurch seine Speculation, welche auf eine Baisse ging, realisirt und wäre nunmehr im Stande, die Waare, welche er am Stichtage um 1000 Fr. hätte ankaufen müssen, sich um volle 200 Fr. billiger zu verschaffen, ohne diesen Vortheil zu Gunsten der nicht säumigen Partei einbüssen zu müssen.

Zudem vermögen wir jenen Einwand (dass eine Speculation des Fixkäufers hervorgerufen werde), auch desswegen nicht für gewichtig und ernstlich zu erachten, weil kein Gesetz denkbar ist, welches durch

seine Vollkommenheit Uebelstände fraglicher Natur gänzlich zu beseitigen im Stande wäre²⁾).

Wir acceptiren also für die Berechnung des Schadenersatzes wegen verspäteter Erfüllung, da das H. G. B., wie schon berührt, in dieser Frage offenes Feld gelassen, die Grundsätze des gem. Rechts. Was folgt hieraus?

Dass jener Mehrwerth der Waare (im ersten Fall), sowie die Differenzforderung (im zweiten Fall) nicht als eigentliches Interesse, sondern analog den Verzugszinsen als ein Interessesurrogat aufzufassen sind. Desswegen, weil ja der Fixkäufer mit jenem Mehrwerthe der Waare resp. Differenzforderung bald mehr, bald weniger erlangt, als ein eigentliches (wahres) Interesse beträgt. Mehr z. B. dann, wenn nachgewiesen ist, dass er die Waare nicht weiter verkauft, sondern sie behalten hätte und der Preis zur Zeit und am Ort der geschuldeten Lieferung viel höher ist, als der Preis zur Zeit und am Ort der thatsächlichen Lieferung. Weniger dann, wenn constatirt ist, dass sein Interesseanspruch wegen verspäteter Erfüllung (z. B. wegen Bezahlung einer Conventionalstrafe) eine jene Differenzforderung überschreitenden höheren Werth repräsentirt.

Dieses Interessesurrogat kann der Fixkäufer unter allen Umständen immer fordern; eines Beweises hiezu braucht es ebensowenig, wie bezüglich der Verzugszinse. Sobald aber ein weiter gehender Schadenersatzanspruch geltend gemacht werden will, ist es Sache des denselben behauptenden Fixkäufers, diesen zu beweisen.

Im dritten Falle endlich gehen die Ansichten der verschiedenen Rechtslehrer auseinander. Die Einen wollen dem nicht säumigen Fixkäufer als Schadenersatz die Differenz zwischen dem Marktpreise am vereinbarten Lieferungstage und dem höchsten Preise, welchen die Waare in der Zwischenzeit bis zur reellen Lieferung hatte, zugestehen. Die Anderen hingegen negiren einen so weitgehenden Schadenersatzanspruch und behaupten, dass bezüglich der Schätzung desselben dem

²⁾ Wir erinnern hier an Art. 356 des H.G.B., dessen jetzige Redaction jedwede Speculation sowohl seitens der morosen, als der nicht morosen Partei verhüten sollte. Und doch lassen sich Fälle denken, in denen eine solche Speculation nicht ausgeschlossen ist. Wählt z. B. der Nichtfixverkäufer das Rücktrittsrecht, so muss er dem säumigen Nichtfixkäufer eine gewisse Frist zur Purgatio moræ gewähren. Steigt nun die Waare innert dieser Frist, so wird der morose Nichtfixkäufer sicherlich nicht verfehlen: moram zu purgiren; fällt sie, so wird er ruhig die Frist ablaufen lassen, ohne seinerseits eine hinterherige Erfüllung vorzunehmen.

nicht säumigen Käufer bloss die Differenz zwischen dem Preise am Stichtage und demjenigen am thatsächlichen Lieferungstage einzuräumen sei. Die letztere Ansicht erweist sich als die richtige, will man nämlich nicht den säumigen Käufer mit dem Diebe auf die gleiche Linie stellen, von welchem, als zu jeder Zeit im Verzug befindlich angesehen nach l. 8, § 1 D 13. 1 und l. 5, pr. D 47. 2, der höchste Werth der Waare während der ganzen Zeit des Verzugs bei Berechnung der Differenz zu Grunde gelegt werden kann³⁾.

Was den über jenes Interessesurrogat hinausgehenden und desswegen zu beweisenden Schadenersatz anbetrifft, so sind es natürlich die verschiedenartigsten Ursachen, welche einen solchen zu begründen vermögen, wie z. B., dass der Fixkäufer zur rechtzeitigen Empfangnahme der Waare wichtige und umfangreiche Anstalten getroffen, die sich nach eingetretenem Lieferungsverzug als Geld und Zeit raubend herausgestellt haben, oder dass der Fixkäufer eine eingegangene Verbindlichkeit nicht erfüllen und desswegen eine hohe Conventionalstrafe bezahlen musste etc. Ohne auch nur an eine annähernd genaue Aufzählung aller denkbar möglichen Modalitäten zu denken, unter welchen ein solch höhergehendes Interesse gefordert werden kann, so mögen hier statt vieler zwei Fälle berührt werden.

Nicht selten kommt es vor, dass der Fixkäufer in Folge der nicht rechtzeitigen Erfüllung die einem Dritten gegenüber eingegangene Verbindlichkeit nicht erfüllen konnte. Hat der nicht säumige Fixkäufer nämlich die Waare, welche ihm vom Fixverkäufer hätte geliefert werden sollen, aber nicht geliefert wurde, schon vor Ablauf des Stichtages vortheilhaft weiter veräußert, so wird er durch den Verzug des Fixverkäufers in die Lage versetzt: entweder als Verkäufer bei diesem zweiten Handelsverkaufe mit der Lieferung der Waare in Verzug zu gerathen und einerseits die Vortheile, welche ihm dieser günstige Weiterverkauf gewährte, wieder einzubüssen und anderseits dem nicht morosen Käufer für allen Schaden wegen nicht rechtzeitiger Lieferung aufzukommen, oder aber, um einem Verzuge auszuweichen, die betreffende Waare von anderer Seite anzukaufen. Es ist nun klar, dass der morose Fixverkäufer sowohl in dem Falle, wo sein Verzug einen Verzug des Fixkäufers hervorruft, weil es letzterem geradezu unmöglich war, die be-

³⁾ Für die erste Ansicht: Wolf, Die Mora p. 343; Buchka: Der Einfluss des Processes I, pag. 187. Für die zweite Ansicht v. Savigny: System Bd. VI, pag. 275. Madai: Die Mora § 48.

treffende Waare anderswoher zu beschaffen, als auch in demjenigen Falle, wo der Käufer, um einem Verzuge auszuweichen, die Waare zu einem besonders hohen Curse ankaufen musste, für allen Schaden, der den Käufer durch nicht rechtzeitige Lieferung traf, aufkommen muss.

Nicht so unbestritten liegt aber die Sache dann, wenn der Käufer die betreffende Waare von anderswoher beziehen konnte und zwar zu einem Preise, welcher geringer, im schlechtesten Falle nicht höher ist, als derjenige, zu welchem sie weiterverkauft war, und wenn der Käufer trotz dieses Factums die Waare nicht angekauft und dadurch in Lieferungsverzug gerathen ist.

Soll er auch hier denselben Schaden ersetzt verlangen können, welcher ihm in den beiden obigen Fällen unzweifelhaft gebührt?

Man wird hier nach dem Satze: „Qui sua culpa damnum sentit, damnum sentire non intelligitur“ sagen müssen, dass der nothwendige Causalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden durch den Umstand aufgehoben werde, dass der nicht säumige Fixkäufer bei Anwendung gehöriger Sorgfalt im Stande gewesen, sich die Waare anderweitig anzuschaffen⁴⁾.

Wiewohl der Ort der Vertragserfüllung durch den Verzug an sich nicht geändert wird und der Fixkäufer, welcher nachträgliche Erfüllung wählt, regelmässig nur eine Erfüllung am vertragsmässigen Orte fordern kann, so kann doch der über das Interessesurrogat hinausgehende Schadenersatzanspruch unter Umständen auch *einen Anspruch auf Leistung an einem andern Orte*, z. B. dem Bestimmungsorte, in sich begreifen. Dieser Anspruch auf Aenderung des Erfüllungsortes muss dann als ein über das Interessesurrogat hinausgehender Anspruch im concreten Falle bewiesen werden.

R. O. H. G. VIII, pag. 73; XIV, pag. 141; V, pag. 385: „Der Wechselschuldner, welcher den ihm am Verfalltage präsentirten Wechsel dem Gläubiger nicht bezahlt hat, kann nicht verlangen, dass im Vollstreckungsverfahren der Wechsel ihm, wenn er nunmehr zur Abwendung der Executionszahlung zu leisten bereit ist, in seiner Wohnung oder in seinem Geschäftslocale ausgehändigt werde. Er kann nicht verlangen, dass der Gläubiger einen wiederholten Weg nach seiner Wohnung

⁴⁾ Anderer Ansicht ist Lamprecht in Busch Archiv N. F. I. (Der Verzug beim Handelskauf). Er sagt: Der durch den Verzug in Erfüllung begründete Interessesanspruch besteht unabhängig von der Verpflichtung des Käufers zur Leistung einer Sorgfalt, also namentlich zu einer positiven Handlung, um den durch die Mora verursachten Schaden wieder aufzuheben.

make, er muss vielmehr dem Gläubiger den Betrag der Schuld in dessen Wohnung oder Geschäftslocal bringen lassen“.

Bis jetzt haben wir bei Berechnung des Schadenersatzanspruches wegen verspäteter Erfüllung nur solche Fixgeschäfte im Auge gehabt, welche über markt- und börsengängige Waaren abgeschlossen sind. Denn nur bei diesen finden Preisschwankungen statt, nur bei diesen kann von einer Differenzforderung (Interessesurrogat) die Rede sein. Wie geschieht aber die Berechnung bei Fixgeschäften, deren Vertragsgegenstand in nicht börsen- und marktgängigen Waaren besteht? Die Berechnung richtet sich hier nach denselben Grundsätzen, wie bei börsen- und marktgängigen Waaren, mit einziger Ausnahme, dass hier das Interessesurrogat gänzlich entfällt, folglich aller Schaden, welcher vom Beginn der Mora bis zur nachträglichen Erfüllung dem Fixkäufer entstanden, von Letzterem thatsächlich zu substantiiren ist.

β. Schadenersatzrecht wegen Nichterfüllung.

Was in Betreff der essentiellen Abweichungen der Fixgeschäfte von den Nichtfixgeschäften bei Verzug des Fixkäufers bezüglich Ausübung des Verkaufsrechtes gesagt worden, gilt auch für das Schadenersatzrecht wegen Nichterfüllung. Keine Anzeigepflicht und demgemäss auch keine *purgatio moræ*. Insofern zeigt also die Geltendmachung des Schadenersatzrechtes bei Verzug des Fixverkäufers dieselben negativen Abweichungen, wie die Ausübung des Verkaufsrechts bei Verzug des Fixkäufers. Diese Uebereinstimmung ist aber, wie oben angedeutet, bloss negativer Natur. Hinsichtlich der positiven Voraussetzungen zur wirksamen Geltendmachung der zwei einander coordinirten Rechte zeigen die beiden Verzugsarten wesentliche Unterschiede. Der Schadenersatzanspruch des Fixverkäufers setzt, um in vollem Maasse wirksam zu sein, öffentlichen oder doch wenigstens von beeideten Handelsmäklern vollzogenen Verkauf der Waare, unverzügliche Vornahme etc. voraus. Die Schadenersatzforderung wegen Nichterfüllung bei Verzug des Fixverkäufers ermangelt hinsichtlich ihrer Geltendmachung dieser positiven Requisite, ist an nichts Weiteres, als an eine diesbezügliche, ausdrückliche Willenserklärung (v. Consumption des Wahlrechtes) gebunden.

Im Interesse der Gleichstellung haben Manche dem Fixkäufer, welcher Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordert, nach Analogie der Vorschrift über die Selbstverkaufshilfe des Art. 354, die Pflicht auferlegen wollen, die nicht gelieferte Waare anderweitig einzukaufen und

so den alsdann nachweisbaren Schaden, also in der Regel die Differenz zwischen dem vertragsmässigen Preise und dem bei der anderweitigen Beschaffung der Waare gezahlten, höhern Preis einzuklagen. Wir verweisen auch hier auf das sub § 5 β. p. 103 und 104 Gesagte und bemerken nur, dass der Käufer, wenn er beim Verzug des Verkäufers hinsichtlich der Uebergabe der Waare zu einem anderweitigen Einkauf der Waare gesetzlich nicht verpflichtet ist, er zu einem solchen Einkauf für Rechnung des säumigen Verkäufers doch berechtigt ist. Wenn das Gesetzbuch die Befugniss des Käufers, sich in dieser Weise zu decken, nicht besonders hervorgehoben, so ist hierin keine mangelhafte Reaction zu erblicken; denn die Befugniss selbst ist in dem Rechte auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung enthalten.

Da der nicht morose Fixkäufer zur Ausübung des Schadenersatzrechtes bloss einer ausdrücklichen Willenserklärung bedarf, ohne Angabe irgend welchen Zeitmomentes betreffs Abgabe derselben und ohne an positive Handlungen seinerseits gebunden zu sein, so fragt es sich, wann und wie lange er überhaupt dieses Recht auszuüben befugt ist? Das H. G. B. spricht sich hierüber nicht aus. Nach Analogie des verzugsberechtigten Fixkäufers, welcher nach Art. 357, Abs. 2 zur unverzüglichen Vornahme des Weiterverkaufs verpflichtet ist, könnte man eine sofortige Willenserklärung des nichtsäumigen Fixkäufers deduciren, falls derselbe einen Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung geltend machen wolle. Diesen Ausweg scheint Gad (Handelsrecht) zu wählen, wenn er sub pag. 251 sagt: „Die Parteiengleichheit fordert, dass ebenso der säumige Verkäufer alsbald erfahre, welche Wahl der Käufer getroffen habe und es entspricht nicht minder den Bedürfnissen des Handelstandes, welchem alles Schwanken in seinen Rechtsbeziehungen zuwider ist, dass der Käufer, wenn er eine Forderung aus dem Geschäfte erheben will, davon den Gegner unter Zustellung einer Rechnung sofort in Kenntniss zu setzen hat.“

Diese Ansicht ist nach demjenigen, was wir einerseits über die Consumption des Wahlrechtes und anderseits über die hinterherige Anzeige nach vollzogenem Verkaufe mitgetheilt haben, unhaltbar. Wir haben damals hervorgehoben, dass durch einen sofortigen Verkauf der Waare das Wahlrecht keineswegs consumirt werde, dass vielmehr dem *Fixverkäufer* auch nach bewirktem, ordnungsmässigem Verkauf der Waare die Wahl zwischen den beiden Rechten: Schadenersatz und Rücktritt offen stehe; dass ferner die hinterherige Anzeige des Art. 357, Ab. 2 ihrem Zwecke absolut nicht entspreche, indem sowohl eine ver-

spätete, wie gar nicht abgegebene Anzeige der weder den Rechtsbestand des Verkaufes aufzuheben, noch den auf Grund derselben geltend gemachten Schadenersatzanspruch anzufechten vermöge. Die Folge davon ist, dass der Fixverkäufer seinen Schadenersatzanspruch, (sofern ihm nicht etwa eine Einrede der Verjährung entgegensteht) zu jeder Zeit nach bewirktem, ordnungsmässigem Verkauf der Waare und ohne vorherige, ungesäumte Anzeige wirksam geltend machen kann.

Die Parteiengleichheit erfordert also, im Gegensatz zu Gad, u. E. nicht, dass der Fixverkäufer seinen Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung sofort nach Beginn der Mora geltend mache. Diesem entspricht auch der Wortlaut des Art. 357, welcher mit keiner Silbe eine sofortige Geltendmachung des in Rede stehenden Rechtes fordert, sondern es vielmehr dem nicht morosen Fixkäufer anheimstellt, seinen Interessenanspruch sofort oder auch einige Zeit später nach Eintritt der Mora (nur nicht nach Verjährung des Schadenersatzrechtes selber) zu liquidiren.

Aus der Thatsache des unverzüglichen Verkaufs bei Verzug des Fixkäufers auch auf eine unverzügliche Geltendmachung des Schadenersatzrechtes bei Verzug des Fixverkäufers zu schliessen, ist aber noch aus einem andern Grund nicht richtig. Art. 357, Abs. 2 hat für den nichtsäumigen Verkäufer einen sofortigen Weiterverkauf bei markt- und börsengängigen Waaren desswegen angeordnet, damit der Verkäufer nicht nach Eintritt des Verzuges auf Kosten des säumigen Käufers fortspeculiren könne. Die Befürchtung, durch nicht sofortige Geltendmachung des Schadenersatzanspruches eine Speculation seitens des nicht säumigen Käufers zu begünstigen, trifft aber beim Recht des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung gar nicht zu, weil der Käufer, wie wir unten sehen werden, immer nur die Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem Markt- oder Börsenpreis zur Zeit und am Ort der geschuldeten Leistung verlangen kann. Es ist also für ihn gleichgiltig, ob er seinen Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung gleich nach Eintritt oder auch später verwirkliche, immer wird er nur die fragliche Differenz seiner Interesseforderung zu Grunde legen können.

Aber auch bei Fixgeschäften, welche über nicht börsen- und markt-gängige Waaren abgeschlossen sind, wird vom Käufer keineswegs verlangt werden können, dass er seinen Schadenersatzanspruch sofort nach Eintritt des Verzuges geltend mache, indem auch hier eine Speculation auf Kosten des säumigen Verkäufers desswegen ausgeschlossen ist, weil die fraglichen Waaren Preisfluctuationen gar nicht angesetzt sind.

Ist aber einmal die Ursache (Speculation) dahingefallen, wesswegen auch für den nichtsäumigen Käufer eine sofortige Geltendmachung des Schadenersatzrechtes gefordert werden könnte, so muss natürlich auch die Wirkung dieser Ursache (die Unverzüglichkeit) wegfallen.

Aus diesen angeführten Gründen ist daher u. E. der nicht-säumige Käufer berechtigt, seine Interesseforderung wegen Nichterfüllung noch einige Zeit nach Eintritt des Verzuges wirksam zu liquidiren. Damit soll nun ebensowenig, wie beim Verzug des Fixkäufers gesagt sein, dass es dem Verzugsberechtigten freigestellt sein solle, den Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung beliebig nach Jahr und Tag geltend zu machen. Im Gegentheil. Die Verjährung des Klaganspruches wird auch hier für die zeitliche Geltendmachung der Interesseforderung eine Grenze setzen.⁵⁾

Inhalt des Schadenersatzrechtes wegen Nichterfüllung.

Art. 357, Abs. 3 lautet: Wenn der Käufer statt der Erfüllung Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordert, so besteht, im Falle die Waare einen Markt- oder Börsenwerth hat, der Betrag des von dem Verkäufer zu leistenden Schadenersatzes in der Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Markt- oder Börsenpreise zur Zeit und am Ort der geschuldeten Lieferung, unbeschadet des Rechts des Käufers, einen erweislich höhern Schaden geltend zu machen.

Für die Beurtheilung des Schadenersatzrechtes ist hier wie beim Verzug des Fixkäufers nur für denjenigen Fall eine Bestimmung getroffen, wo es sich um Fixgeschäfte handelt, welche über markt- und börsengängigen Waare abgeschlossen sind. In Betreff dieser Waaren ist bei Berechnung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung an folgendem Principe festzuhalten:

Der Wille des nichtsäumigen Käufers ist lediglich auf die Uebergabe der Waare an dem vereinbarten Lieferungstage gerichtet resp. auf den durch diese rechtzeitige Uebergabe der Waare herbeigeführten Gewinn. Der Käufer will nicht die spätere Erfüllung, folglich auch nicht den mit dieser spätern Erfüllung verbundenen Mehrwerth der Waare. Dadurch, dass er die nach Ablauf der Stichzeit erfolgende Uebergabe der Waare zurückweist und das Interesse wegen Nichterfüllung geltend macht, verzichtet er zugleich auf den Ersatz des nach diesem Zeitpunkte gestiegenen Werthes der Waare. Er fordert also

⁵⁾ Vide Ueber Verjährung der Entschädigungsklage v. Larcher in der österreich. Gerichtszeitung. Jahrgang 1880. Nr. 84.

an Stelle der nicht rechtzeitig geschehenen Uebergabe der Waare das Interesse, welches er am vereinbarten Stichtage gehabt hätte, wenn ihm vertragsmässig geliefert worden wäre.⁶⁾ Beträgt also beispielsweise der Marktpreis einer Waare, welche fix auf den 1. October 1881 zu 1000 Fr. verkauft worden, an diesem Stichtage 1200 Fr. und am 6. October, an welchem Tage der Käufer Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordert, 1250 Fr., so würde, falls der nichtsäumige Käufer seiner Schadenersatzforderung die Differenz von 250 Frs. zu Grunde legen würde, derselbe ohne Zweifel nach obstehendem Principe mit seiner Klage abgewiesen werden, resp. demselben die Differenzsumme von 200 Fr. zuerkannt werden. Denn in seiner Schadenersatzklage wegen Nichterfüllung liegt, wie schon gesagt, die Ansicht ausgesprochen, dass auf einer spätern Erfüllung überhaupt nicht, somit auch nicht auf einem mit derselben verbundenen Mehrwerth der Waare bestanden werde. — Als einer richtigen Interpretation ermangelnd, erweist sich daher die Ansicht derjenigen, welche der Berechnung des Interesse wegen Nichterfüllung auch einen etwas spätern Zeitpunkt, als den Stichtag, zu Grunde legen wollen.⁷⁾

Im Gegensatze hiezu haben wir für die Berechnung des Schadenersatzes wegen *verspäteter Erfüllung* die Regel kennen gelernt, dass der nicht säumige Käufer auch noch nach Ablauf des Stichtages die Naturalerfüllung begehrt und desshalb auch berechtigt ist, den Mehr- oder Minderwerth der Waare am thatsächlichen Lieferungstage bei der Berechnung des Interesse in Anschlag zu bringen.

Aehnlich wie mit der Lieferungszeit verhält es sich mit dem Lieferungsort bei Berechnung des Interesse wegen Nichterfüllung. Während dort *der ursprüngliche Stichtag* der Berechnung als Momentum temporis zu Grunde liegt, so ist hier *der ursprüngliche Lieferungsort* für die Berechnung als Momentum loci massgebend. Das Interesse vertritt eben die Erfüllung; es ist Surrogat der rechtzeitigen Erfüllung und für die Berechnung desselben kann daher bloss der Marktwert

⁶⁾ Für den Fall, dass der vereinbarte Stichtag mehrfachen Preisfluctuationen ausgesetzt ist, wird immer der letzte Preis des Stichtages der Differenzberechnung zu Grunde gelegt. Ebenso ist, wenn die Stichzeit zwischen zwei Börsentage fällt, die Differenz nach dem Preis des der Stichzeit unmittelbar vorhergehenden Börsentages zu berechnen. (Vergl. Busch Archiv N. F. I, Lamprecht, der Verzug beim Handelskaufe).

⁷⁾ So in Busch Archiv f. H. Bd. XIII, p. 379. Note 14. Brauer (zu Art. 354—359), welcher wegen „besonderer Verhältnisse“ einen etwas spätern Zeitpunkt als denjenigen des Stichtages für die Berechnung der Differenzforderung zu Grunde legen möchte.

desjenigen Ortes in Betracht fallen, an welchem die rechtzeitige Erfüllung hätte stattfinden sollen⁸⁾.

Diese Erwägungen führen dahin, dass das Interesse wegen Nichterfüllung, wie auch Art. 357 Abs. 3 ganz richtig bestimmt, in erster Linie die Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Marktpreise zur Zeit und am Ort der geschuldeten Lieferung in sich begreifen müsse.

Daraus aber, dass das Gesetz *expressis verbis* und unbedingt dem nicht säumigen Fixkäufer bei Schadenersatzforderung wegen Nichterfüllung die Preisdifferenz zuerkennt, deren Liquidität⁹⁾ ja ohne Weiteres festgestellt werden kann, ergeben sich sowohl für den Fixkäufer wie für den Fixverkäufer nicht unerhebliche Consequenzen. Einerseits entbindet dadurch das Gesetz den nicht säumigen Käufer, den Beweis dafür zu erbringen, dass sein Schaden wegen Nichterfüllung gerade so hoch und nicht geringer zu bemessen sei und anderseits benimmt es dem morosen Verkäufer das Recht, die eingeklagte Differenzforderung einredeweise anzufechten. Der Anspruch auf die Preisdifferenz characterisirt sich also auf der einen Seite als ein unbeschränktes Recht, dem auf der andern Seite eine unbedingte Pflicht zur Leistung dieser Differenzsumme entspricht. Da diese Preisdifferenz bald mehr, bald weniger als das eigentliche Interesse wegen Nichterfüllung beträgt und nur ausnahmsweise mit demselben übereinstimmen wird, so ergibt sich daraus, dass dieselbe im wahren Sinn des Wortes als ein *quod interest*, *moram factam non esse*, *moram debitorem non adhibuisse* nicht betrachtet werden kann, sondern vielmehr als ein Interessesurrogat aufzufassen sei¹⁰⁾.

⁸⁾ Es hat sich ein lebhafter Streit darüber erhoben, ob nicht vielmehr der Bestimmungsort der Waare, im Gegensatz zum Lieferungsort für die Berechnung des Interesse wegen Nichterfüllung als massgebend angesehen werden müsse. Pauli hat im Neuen Archiv f. H. B. III. pag. 35 diese Frage an einem concreten Falle erörtert und sich definitiv zu Gunsten des Bestimmungsortes ausgesprochen. Ihm hat sich Auerbach (d. n. H.G. Abth. II, pag. 92 und 93) angeschlossen, wogegen Fr. v. Hahn (Commentar z. a. d. H.G.) eine andere Ansicht vertritt.

⁹⁾ Entweder durch das öffentliche Cursblatt oder durch einen Mäklerattest. (Siehe Busch Archiv N. F., Lamprecht, der Verzug beim Handelskauf.

¹⁰⁾ So auch Kniep. a. a. O. Mehr beträgt z. B. diese Preisdifferenz als das Interesse wegen Nichterfüllung in folgendem Falle: A hat am 1. Nov. 1880 von B 1000 Liter Spiritus gekauft, per Liter à 20 Cts., lieferbar auf 1. März 1881 fix. Am 1. Februar 1881 verkauft A den Spiritus mit einem Mehrerlös von 2 Cts. per Liter. Am Lieferungstage (1. März) ist der Preis des Spiritus von 20 auf 25 Cts. gestiegen. A darf also im Falle der Nichtlieferung die Preisdifferenz im Betrage von 500 Franken einfordern, während doch der wirkliche Schaden, welcher ihm aus der Nichtlieferung entstanden ist, bloss 200 Franken beträgt.

Dieses Interessesurrogat des nicht morosen Fixkäufers hat sein Analogon in den Verzugszinsen und in jener Differenzforderung beim Recht der Naturalerfüllung nebst Schadenersatz, welche der nicht säumige Fixverkäufer resp. der nicht säumige Fixkäufer unter allen Umständen als Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung fordern kann. Wir haben schon darauf hingewiesen, dass der Rechtsverkehr aus Gründen der Zweckmässigkeit namentlich weil das Interesse bei Geldleistungen sehr schwierig zu berechnen ist, einen Ausweg darin suchte und fand, dass er ein für alle Mal ein Interessesurrogat in dem Institut der Verzugszinse schuf. Wie bei den Geldleistungen, so machte sich auch bei den Leistungen von marktgängigen Waaren, welche ja in sehr vielen Beziehungen mit den Geldleistungen übereinstimmen, ebenso das Bedürfniss geltend, für die Berechnung des Interesses einen ähnlichen Modus zu schaffen. Und diesen fand der Gesetzgeber in der oben bezeichneten Rechnungsweise.

Indem nun aber das H. G. B. gegenüber dem Art. 274 des Preuss. Entwurfes in der Preisdifferenz nicht den fixen Betrag desjenigen erblickt, was der Fixkäufer bei Ausübung des Schadenersatzrechtes zu fordern berechtigt ist, sondern *was der Fixverkäufer zu leisten verpflichtet ist*, hat es dadurch die Interesseforderung nicht auf die Preisdifferenz beschränken, sondern in zweiter Linie ein über diese Differenzsumme hinausgehendes (höheres) Interesse statuieren wollen.

Dies bezweckt denn auch die Redaction des Schlusssatzes von Art. 357 Abs. 3: „unbeschadet des Rechtes des Käufers, einen erweislich höhern Schaden geltend zu machen“.

Natürlich wird sich die Berechnung dieses „höhern Interesse“ nach denselben Principien zu richten haben, wie die Berechnung der Differenzsumme. Denn das Eine wie das Andere gehört ja zum Oberbegriffe „Schadenersatz wegen Nichterfüllung“, für dessen Berechnung wir die Zeit und den Ort der geschuldeten Lieferung als massgebend kennen gelernt haben. Würde also, um unser Beispiel wieder aufzunehmen, der nicht säumige Käufer die Waare bereits *vor* oder doch *an* dem Lieferungstage zu einem höhern, die 1200 Fr. übersteigenden Preise weiter verkauft haben, so würde natürlich seine Interesseforderung wegen Nichterfüllung nicht nur die Preisdifferenz (200 Fr.), sondern auch das über die 1200 Fr. hinausgehende Plus (höheres Interesse) in sich begreifen. Das Fundamentum actionis des in diesem Falle die Preisdifferenz übersteigenden Schadenersatzanspruches würde aber unzweifelhaft auf dem Schlusssatz des Art. 357 basiren.

Umgekehrt müssen die Vortheile, welche dem Käufer ein nach dem Stichtage vollzogener Verkauf oder eingetretener Mehrwerth der Waare gewähren würden, bei Berechnung der Differenzforderung unberücksichtigt gelassen werden. Denn der Verlust, welchen der Käufer dadurch erleidet, dass er die spätere Uebergabe der Waare zurückweist und sich dadurch der Dispositionsbefugniss über dieselbe begeben hat, ist unter allen Umständen keine von dem morosen Verkäufer zu tragende Folge des Verzuges mehr.

So übereinstimmend diese beiden Arten des Schadens, aus welchem der Begriff Schadenersatz wegen Nichterfüllung sich zusammensetzt, in Hinsicht ihrer Berechnungsweise sind, so differirend sind sie bezüglich ihrer Liquidität. Denn die Höhe der Preisdifferenz ist, sobald die nicht rechtzeitige Erfüllung dem Bezugsberechtigten das Schadenersatzrecht wegen Nichterfüllung gewährt, offenkundig, bedarf keines Beweises mehr und kann auch nicht beklagischerseits einredeweise angefochten werden; der Ersatz eines höhern Schadens aber muss erst vom nicht säumigen Käufer dargelegt und der Beweis für die Richtigkeit dieser Darlegung geleistet werden. Der Anspruch auf die Preisdifferenz besteht von dem Rechte auf den Ersatz eines höhern Schadens unabhängig. Wenn daher der Nachweis eines solchen misslingt, so bleibt doch jener Anspruch hievon unberührt (Busch Archiv B. XII, p. 324).

Von den mannigfachen Fällen, unter welchen ein solch höhergehendes Interesse gefordert werden kann (welcher, nebenbei bemerkt, sich sowohl aus *damnum emergens*, als *lucrum cessans* zusammensetzen kann)¹¹⁾, mögen bloss beispielshalber Erwähnung finden die Fälle, in welchen der nichtmorose Fixkäufer kostspielige Vorkehrungen für den Empfang der Waare getroffen, oder in Folge des Lieferungsverzuges die einem Dritten gegenüber eingegangene Verbindlichkeit nicht erfüllen und diesem daher für das volle Interesse aufkommen, vielleicht auch noch eine Conventionalstrafe bezahlen musste etc.

Die Klage, mit welcher der nicht säumige Fixkäufer den Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung geltend macht, ist immer die Contractsklage (*Aio empti*). Denn der Schadenersatz setzt nicht Nichtigkeit, nicht Auflösung des Fixvertrages voraus, sondern Fortbestand desselben. Wir machen diese Bemerkung aus folgendem Grunde: Da der Anspruch auf Ersatz des Interesse immer ein Anspruch auf eine Geldleistung ist, so kann leicht der Schein entstehen, als ob

¹¹⁾ Die Preisdifferenz ist immer als *lucrum cessans* aufzufassen.

in den Fällen des pränumerirten fixen Lieferungskaufes der nicht säumige Fixkäufer mit der Schadenersatzklage das pretium zurückfordere, m. a. Worten: vom Vertrage zurücktrete und das auf Grund des Vertrages Geleistete zurückverlange. Dies ist aber eben nur Schein. Denn das Interesse, wie wir zum öftern erwähnt haben, ist Surrogat der Leistung des ursprünglich geschuldeten Gegenstandes. Die Leistung des Interesse ist also immer Erfüllung des Fixgeschäftes, welches nur einen ursprünglichen Vertragsgegenstand gewechselt, nicht aber seinen Rechtsbestand aufgegeben hat. Das Interesse besteht in dem, was der Käufer haben würde. Das ist aber gerade nicht der Kaufpreis, denn diesen hätte ja der Verkäufer, wenn er rechtzeitig geliefert hätte, behalten dürfen. Als Schadenersatzklage, im Falle das pretium pränumerirt gezahlt ist, die *Condictio sine causa* statuiren zu wollen, erweist sich daher ebenso unstatthaft, wie eine *Condictio causa data, causa non secuta* zuzulassen. Denn die erste dieser Conditionen setzt voraus, dass das pretium sine causa gezahlt worden, im vorliegenden Falle aber hat ja der Fixverkäufer bloss damit seine Schuldverpflichtung getilgt; die andere aber hat zu ihrer Voraussetzung, dass der Fixkäufer für seine Leistung keine Gegenleistung empfängt, im vorliegenden Falle erhält er aber mit der Schadenersatzklage Schadenersatz, d. i. ein Surrogat der Erfüllung. Freilich in dem Sinne einer Rückerstattungs-, Rückforderungsklage werden diese beiden Conditionen wohl ihre Verwendung finden können; aber dann sind sie keine Schadenersatzklagen, sondern Rücktrittsklagen und basiren entweder auf *einem gar nicht zu Stande gekommenen* oder auf *einem aufgelösten* Vertrage.

Hier ist nun auch der Ort, mit wenigen Worten auf die Ansicht von Kniep einzutreten, welcher in dem Schadenersatze wegen Nichterfüllung bloss einen Rücktritt sieht, welcher sich zum eigentlichen Rücktrittsrechte verhalte, wie ein Mehr zu einem Weniger. Aus diesem Principe hat Kniep mit Recht gefolgert, dass, wenn der nicht morose Contrahent nach Eintritt des Verzuges in keinerlei Weise seinen Willen betreffend Geltendmachung eines der drei Rechte kundgebe, die Rechtsvermuthung eintrete, dass er vom Fixvertrage zurücktrete (Bd. II, p. 111), ferner, dass der nicht säumige Contrahent, auch wenn er des Bestimmtesten seinen Willen dahin abgegeben, dass er Schadenersatz wegen Nichterfüllung geltend machen wolle, immerhin später auf das Rücktrittsrecht zurückgreifen könne (II, p. 607), indem ja das letztere bloss ein Minus des erstern sei, dass ferner, weil Schadenersatz wegen Nichterfüllung keine Erfüllung, auch kein Surrogat der Erfüllung sei, für die Geltend-

machung dieses Rechtes nicht die Contractsklage, sondern eine ganz besondere Klage verwendet werden müsse (II, § 96) u. s. w.

Ist denn diese Behauptung von Kniep richtig? Wir beantworten diese Frage nur vom Standpunkt des modernen Handelsrechtes aus; denn nur mit der Schadenersatzklage dieses Rechts beschäftigen wir uns ¹²⁾.

Würde die Ansicht von Kniep sich als richtig herausstellen, so dürften viele Sätze dieser Abhandlung der Anfechtung nicht entbehren.

Nun aber ist u. E. für das Handelsrecht die Ansicht von Kniep entschieden nicht haltbar. Zur Begründung dieser Behauptung dürfen wir füglich auf die kurze und präzise Darstellung von Fr. v. Hahn (Commentar z. d. H.G.B.) verweisen, welcher in überzeugendster Weise dargethan, dass Schadenersatz wegen Nichterfüllung niemals als Rücktritt vom Vertrage aufzufassen sei, anderseits aber möchten wir hier eine Frage aufwerfen, deren Beantwortung zur Behauptung von Kniep in einem eigenthümlichen Verhältniss steht.

Kniep meint: Schadenersatz wegen Nichterfüllung sei nichts anderes als ein Rücktritt vom Vertrage, wozu noch ein Plus (Schadenersatz) hinzutrete. Der nicht säumige Contrahent kann daher zu jeder Zeit, nachdem er das Schadenersatzrecht wegen Nichterfüllung gewählt, Rücktritt geltend machen, indem er ja nur auf ein Plus (Schadenersatz) zu verzichten braucht. *Warum aber, fragen wir, hat denn der Gesetzgeber es für nothwendig erachtet, neben dem Schadenersatzrecht wegen Nichterfüllung auch noch ein besonderes Rücktrittsrecht zu kreiren?* Nach Kniep wäre es ja vollständig genügend gewesen, wenn der Gesetzgeber gesagt hätte: Du Fixkäufer kannst im Falle nicht rechtzeitiger Erfüllung seitens des Fixverkäufers entweder Naturalerfüllung fordern, indem du diesen deinen Willen sofort kund gibst, oder du kannst das Schadenersatzrecht wegen Nichterfüllung geltend machen. Wählst du das Letztere, so steht es in deinem Belieben, dich entweder mit dem Minimum dieses Rechtes zu begnügen scil. bloss vom Vertrage zurückzutreten, oder darüber hinaus noch ein Plus (Schadenersatz) zu fordern. Mit andern Worten: nach Kniep hat der Gesetzgeber in Art. 355 sich einen Pleonasmus zu Schulden kommen lassen, indem er das im Schadenersatzrecht wegen Nichterfüllung verkörperte Rücktrittsrecht noch einmal expressis verbis als ein selbstständiges Recht aufstellt. Dieser Vorwurf ist unseres Wissens noch nirgends dem Gesetzgeber zu Theil

¹²⁾ Ob daher die Ansicht von Kniep für das gemeine Recht Richtigkeit beanspruchen könne oder nicht, lassen wir hier aus dem Kreise unserer Betrachtung.

geworden; er existirt aber auch gar nicht, sobald man nur in dem Schadenersatze wegen Nichterfüllung kein Zurücktreten vom Vertrage, sondern vielmehr ein Aufrechterhalten desselben, eine modificirte Erfüllungsweise, erblickt.

Die bisher entwickelten Grundsätze haben alle zur Voraussetzung einen fixen Lieferungskauf gehabt, dessen Vertragsgegenstand in einer börsen- oder marktgängigen Waare besteht. Die nämlichen Grundsätze, sowohl was Voraussetzung, als Wirkung (Inhalt) des Schadenersatzrechtes anbelangt, gelten aber auch für Fixgeschäfte, die über nicht börsen- und marktgängige Waaren abgeschlossen sind. Nur hinsichtlich der Art und Weise der Berechnung des Schadenersatzes treten andere Bestimmungen in Kraft. Es liegt dies in der Natur der Sache. Da solche Waaren keinen Markt- oder Börsenpreis haben, so erweist sich eine Fixirung der Preisdifferenz zwischen dem Kaufpreise und Marktwerthe derselben zur Zeit und am Ort der geschuldeten Leistung als eine Unmöglichkeit. Der Gesetzgeber hat daher eine Regulirung der Schadenberechnung für Waaren ohne Markt- oder Börsenpreis unterlassen, woraus folgt, dass die Ermittlung des positiven Schadens und entgangenen Gewinns sich nach landesgesetzlichen resp. allgemeinen Principien zu richten hat (R.O.H.G. XI, p. 104), jedoch immer mit Zugrundelegung desjenigen Princip, welches wir dem Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung als inhäerend kennen gelernt haben, d. h. der Berechnung des Schadens ist auch hier nicht ein späterer Zeitpunkt, als derjenige ist, an welchem der Fixkäufer noch eine Naturalerfüllung entgegenzunehmen verpflichtet ist (also der vereinbarte Stichtag) und nicht ein anderer als der ursprünglich verabredete Lieferungs-ort, zu Grunde zu legen.

In dieser Hinsicht unterscheidet sich daher die handelsrechtliche Schadenersatzklage wegen Nichterfüllung bei markt- und börsengängigen Waaren, wie bei nicht markt- und börsengängigen Waaren scharf von derjenigen des römischen Rechts, bei welcher dem Kläger die Wahl zustand, entweder durch die in der Formula gebrauchten Worte „*quanti res fuit*“ den Zeitpunkt der Mora oder durch die Worte „*quanti res erit*“ den Zeitpunkt des rechtskräftigen Urtheils seiner Schadenersatzforderung zu Grunde zu legen.

Doch ist auch heutzutage dem nicht säumigen Fixkäufer ein Mittel geblieben, mit welchem er die gleichen Resultate erzielen kann, wie der Römer mit jener Formula. Freilich ist dieses Mittel nicht die Klage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung; denn diese schliesst ja im

Princip eine andere Schadenberechnung, als die oben angeführte, aus, sondern es ist die Klage auf hinterherige Erfüllung nebst Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung. Im Vorigen schon haben wir darauf hingewiesen, dass der Berechnung des Schadenersatzes wegen verspäteter Erfüllung der Tag der reellen Erfüllung zu Grunde gelegt werden könne. Wenn nun der nicht säumige Fixkäufer auf Naturalleistung klagt und diese ihm rechtskräftig zuerkannt wird, so ist ihm der Weg geebnet, auf welchem er einen Schadenersatz mit Zugrundelegung des vielleicht weit höhern Werthes zur Zeit des rechtskräftigen Urtheils erlangen kann. Er braucht nämlich nur in der Executionsinstanz auf Ermittlung der Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem höhern Curse zur Zeit des rechtskräftigen Urtheils zu beantragen ¹³⁾.

Es erübrigt uns noch mit kurzen Worten des principalen Unterschieds zu gedenken, welcher beim Fixgeschäft bezüglich Schadenersatzrecht wegen Nichterfüllung gegenüber Nichtfixgeschäften zu Tage tritt. Während wir bis jetzt die das Fixgeschäft characterisirenden Differenzpunkte nur unter dem Capitel „Voraussetzungen zur wirksamen Geltendmachung eines der drei Rechte“ (wie z. B. keine Anzeigepflicht, keine *purgatio moræ* etc.) kennen gelernt haben, so begegnet uns jetzt auch bezüglich der Wirkungen (Inhalt) der Rechte ein nicht unerheblicher Unterschied.

Soeben haben wir hervorgehoben, dass der nicht säumige Fixkäufer mit der Klage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung den Werth der Waare zu einem spätern Zeitpunkte, als dem vereinbarten Stichtage, (also auch zur Zeit des condemnatorischen Urtheils) desshalb nicht verlangen könne, weil dieser nur eine Consequenz der auf die ursprüngliche Erfüllung gerichteten Klage ist. Der Natur des Fixgeschäftes, bei welchem eine Nachfrist im Sinne des Art. 356 gar nicht stattfindet, entspricht es, dass die Preise des Stichtages unbedingt entscheiden.

Für die Nichtfixgeschäfte liegt die Sache anders. Hier ist der nichtsäumige Käufer (Art. 356), wenn er Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordert, immerhin, soweit die Natur des Geschäftes es zulässt, verpflichtet, dem morosen Verkäufer eine Nachfrist zur *purgatio moræ* zu gewähren. Der Käufer muss also noch die am letzten Tage dieser Nachfrist angebotene Naturalerfüllung als Vertragserfüllung annehmen und ist insofern in seinen Dispositionen gehindert, als er die nicht rechtzeitig gelieferte Waare bis zum Endpunkte der Nachfrist nicht

¹³⁾ Vergl. Rechtsgutachten von Prof. Fick, welchem wir hier gefolgt sind.

anderweitig anschaffen kann. Mit andern Worten, beim Nichtfixgeschäft wird, im Falle der nichtsäumige Käufer Schadenersatz oder Rücktritt fordert, die Erfüllungszeit nur so weit herausgeschoben, als die Nachfrist zur *purgatio moræ* beträgt. Der Berechnung des Interesse wegen Nichterfüllung kann aber, wie wir gesehen haben, kein späterer Zeitpunkt zu Grunde gelegt werden, als derjenige ist, an welchem der Bezugsberechtigte noch eine Naturalerfüllung annehmen muss. Daraus ergibt sich consequenterweise, dass der Käufer, welcher verpflichtet ist, die am letzten Tage der Nachfrist noch erfolgende Uebergabe der Waare entgegenzunehmen, auch berechtigt sein muss, den bei Ablauf der Nachfrist bestehenden Preis der Berechnung des Schadenersatzes zu Grunde zu legen. Der Nichtfixkäufer hat also die Wahl: entweder der Berechnung des Interesse wegen Nichterfüllung den Zeitpunkt des Eintritts der Mora oder den Endpunkt der Nachfrist zu Grunde zu legen, gleichwie er beim Wahlrecht der Naturalerfüllung nebst Schadenersatz den Zeitpunkt des Eintritts der Mora resp. denjenigen der tatsächlichen Lieferung für die Berechnung des Interesse wegen verspäteter Erfüllung zu Grunde zu legen berechtigt ist.

Ist daher die Waare in ihrem Werthe nach Beginn des Verzugs gestiegen und wurde von dem säumigen Verkäufer nicht *moram purgirt*, so hat der Käufer ein Recht darauf, bei Berechnung des Interesse wegen Nichterfüllung den höhern Werth der Waare am Tage des Ablaufs der Nachfrist zu Grunde zu legen, wie er vollkommen berechtigt ist, falls der Werth der Waare nach Eintritt des Verzuges gefallen ist, von dem Werthe der Waare zur Zeit der verabredeten Erfüllung auszugehen. (R. O. H. G. X, pag. 170; XIII, pag. 245; XI, pag. 184).

Diese Interpretation des Art. 356 im Verhältniss zu Art. 357 ist von nicht zu unterschätzender Wichtigkeit; sie zeigt, dass das Vorhandensein eines Fixgeschäftes nicht bloss eine modificirte Geltendmachung der drei Rechte, sondern auch bei einem derselben einen verschiedenen Inhalt bedingt¹⁴⁾. Denn nehmen wir z. B. an, A habe dem B 100 Stück Nordostbahnactien verkauft, per Stück à 100 Fr., lieferbar auf 1. Mai 1881 fix. Der Fixverkäufer A liefert nicht zur rechten Zeit. Am vereinbarten Stichtage (1. Mai) stehen die Actien auf 105 Fr. und an dem Tage, an welchem der nicht säumige Fixkäufer

¹⁴⁾ Sie ist adoptirt von Auerbach (Das n. H.G. Abth. II) und von Lamprecht (Verzug beim Handelskaufe im Busch Archiv N. F. I); sie wird verworfen von Thöl (Handelsrecht) und von Fr. von Hahn (Commentar z. H.G.B.).

B die Klage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung anstellt, auf 108 Fr. Abgesehen von rein individuellen Verhältnissen (wie z. B., dass B die einem Dritten gegenüber eingegangene Verbindlichkeit nicht erfüllen konnte etc.) besteht das Interesse wegen Nichterfüllung ohne Zweifel nur in der Preisdifferenz zwischen dem Kaufpreise und dem Werthe der Actien zur Zeit und am Ort der geschuldeten Leistung, also in 500 Fr.

Ganz anders aber wird der nicht säumige Käufer B den Schadenersatz wegen Nichterfüllung dann berechnen, wenn keine fixe Lieferungszeit bestimmt ist, sondern z. B. unter den Contrahenten die Vereinbarung getroffen, dass A die 100 Actien in der ersten Woche des Mai liefern solle. Hier ist der Schadenersatz fordernde Käufer B verpflichtet, dem Verkäufer A auf sein Ansuchen hin eine gewisse Nachfrist zur purgatio moræ zu gewähren. Nehmen wir an, B gibt dem A eine Frist von zwei Wochen. Am letzten Tage dieser Nachfrist liefert A wieder nicht und die Actien stehen auf 108 Fr. Nunmehr stellt B die Schadenersatzklage wegen Nichterfüllung an; sein Interesse aber besteht in diesem Falle nicht bloss in 500 Fr., sondern es hat sich in der oben angegebenen Weise auf 800 Fr. erhöht.

γ. Das Rücktrittsrecht.

Da dieses Recht des Fixkäufers eine vollständige Parallele mit demjenigen des Fixverkäufers bildet und von demselben in keiner Weise abweicht, so verweisen wir auf das sub § 5 γ Gesagte.

§ 7 d. Theilweiser Verzug in Erfüllung eines Fixgeschäftes.

In den Fällen des Art. 357 (sowie auch der Art. 354 und 355) ist dem Fixverkäufer beziehungsweise dem Fixkäufer die Befugniss ertheilt, von dem Vertrage zurückzutreten, wenn der andere Contrahent mit der ganzen Leistung im Rückstande ist. Es fragt sich, ob und in wie weit diese Befugniss auch besteht, wenn der andere Contrahent nicht mit der ganzen Erfüllung, sondern nur mit einem Theile derselben im Verzuge ist.

Der Art. 359 entscheidet diese Frage mit den Worten: „Wenn in den Fällen der Art. 354, 355 und 357 sich aus den Umständen, ins-

besondere aus der Natur des Vertrages, aus der Absicht der Contrahenten oder aus der Beschaffenheit des zu leistenden Gegenstandes ergibt, dass die Erfüllung des Vertrages auf beiden Seiten theilbar ist, so kann das Abgehen des einen Contrahenten von dem Vertrage nur in Betreff des von dem andern Contrahenten nicht erfüllten Theiles des Vertrages erfolgen“.

Diese Vorschrift enthält keineswegs eine Abänderung des gemeinrechtlichen Grundsatzes, dass Niemand zur Annahme einer theilweisen Leistung verpflichtet ist, namentlich nicht den Grundsatz, dass im Falle der Theilbarkeit der Vertragsleistung eine theilweise Erfüllung angenommen werden müsse, sondern nur die Bestimmung, dass, wenn ein Vertrag bereits zum Theil erfüllt ist, und in Bezug auf den noch nicht erfüllten Theil ein Verzug eintritt, es von der Untheilbarkeit oder Theilbarkeit der Vertragsleistung abhängen solle, ob der nicht säumige Contrahent von dem ganzen Vertrage oder nur von dem nicht erfüllten Theile desselben abgehen dürfe. Mehr ist aus dem Art. 359 nicht zu entnehmen¹⁾.

Die einzige Schwierigkeit, welche bei Anwendung dieser Vorschrift sich ergibt, liegt in dem Begriff der „Theilbarkeit resp. Untheilbarkeit“ der Leistung. Bezüglich dieser Frage aber verweisen wir auf die ziemlich ausführlichen Erörterungen von Kniep (Bd. II, § 72), von Lamprecht (Der Verzug beim Handelskaufe), sowie von Fr. v. Hahn (Commentar zu dem H. G. B.²⁾).

IV.

§ 8. Die dispositive Natur des Art. 359.

Es ist zweifellos, dass die Bestimmungen des Art. 357 kein absolut zwingendes Recht (*jus cogens*) enthalten, sondern dispositiver Natur sind. Sie können daher nach dem Grundsatz: „*inter partes pactum lex est*“, vor, während oder nach Vertragsabschluss, sogar nach Eintritt der Mora durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung unter den Parteien, insbesondere durch Bezugnahme auf bestimmte Börsen-

¹⁾ Thöl Handelsrecht § 281, Anmerkung 37, sagt: „Das bisherige Recht ist durch diesen Artikel, welcher fast nichts sagend ist, gar nicht berührt worden.“

²⁾ Eine eingehende Behandlung der Frage: über Theilbarkeit, resp. Untheilbarkeit würde zu weit führen und den Rahmen dieser Arbeit überschreiten.

usancen und Mäklerschlusscheine an einem bestimmten Handelsplatze abgeändert werden¹⁾).

Ohne auf eine nur annähernd erschöpfende Aufzählung aller jener das Gesetz derogirenden Privatdispositionen einzutreten, mögen hier bloss einige im täglichen Leben besonders häufig vorkommende Abänderungsfälle berührt werden.

In den vorhin erwähnten Börsenusancen und Schlusscheinbedingungen ist nicht selten die Bestimmung getroffen, dass der Verkauf der Waare des Art. 354 nach einem andern Modus vorgenommen werden müsse, als dies Art. 343 und 357, Abs. 2, festsetze. So verordnet § 11 der Hamburger Usancen für den Effectenhandel (vom 1. Juli 1869): „Der Verkauf der Waare kann auch ohne Zuziehung der in jenem Artikel (scil. 343) vorgeschriebenen Hülfspersonen, durch den Verkäufer selbst geschehen; dagegen ist der Anspruch auf die Preisdifferenz ohne Verkauf auch nach diesen Usancen unzulässig“.

Wieder andere Usancen bestimmen, dass die Verschiedenheit, welche nach Art. 354, 355 und 357 zwischen den Rechten und Pflichten des Käufers und Verkäufers besteht, gänzlich aufgehoben sei und dass daher dem Verkäufer das Recht eingeräumt werden müsse, als Schadenersatz wegen Nichterfüllung sofort (analog Art. 357, Abs. 3) die Zahlung der Preisdifferenz zu verlangen (Vgl. Goldschmidt, Zeitschrift f. H. XI, pag. 7, Anm. 1). So gestatten die an der Berliner Fondsbörse eingeführten Schlusszettel dem Verkäufer, wenn der Käufer nicht erfüllt, die Nichterfüllung am folgenden Tage durch einen Protest zu constataren und ohne Weiteres die zu bescheinigende Gelddifferenz zwischen dem Börsencurse der Papiere am Verfalltage und dem Kaufpreise sofort vergütet zu verlangen.

Contrahiren nun die Parteien mit Bezugnahme auf solche Börsenusancen, so erklären sie hiedurch, dass sie das Fixgeschäft unter den an der betreffenden Börse geltenden Bedingungen zum Abschluss bringen und einem solchermassen vereinbarten fixen Lieferungskauf muss jeder Zeit vor Gericht, insofern er absolut bindende Rechtssätze des Handels- oder gemeinen bürgerlichen Rechts nicht verletzt, rechtliche Wirkung zugeschrieben werden.

Nicht minder sind auch andere den Art. 357 abändernde Vereinbarungen unter den Parteien, welche nicht auf Börsenusancen etc. Bezug nehmen, als rechtsbeständig anzusehen: Vereinbarungen, welche

¹⁾ R.O.H.G. VI. pag. 368, VIII pag. 254. Protocolle 5084, 5085 und 5087.

vielleicht das Wahlrecht des Art. 354 und 355 beschränken oder gänzlich aufheben, die ein abgeschlossenes Fixgeschäft zum Nichtfixgeschäft und umgekehrt einen vereinbarten gewöhnlichen Lieferungskauf zum Fixgeschäft stempeln.

Nicht selten tritt auch der Fall ein, dass solche den Art. 357 in irgend einem Bestandtheile derogirenden Abmachungen begründeten Zweifel darüber entstehen lassen, ob dem Geschäft die Natur eines Fixgeschäftes zu verleihen sei. In dieser Hinsicht dürften die im § 1 dieser Abhandlung gegebenen Bemerkungen in erster Linie in Betracht fallen; in zweiter Linie hingegen, da der Fall des Art. 357 als eine Ausnahme zu betrachten ist (R. O. H. G. VI, pag. 22), der Satz: *Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt* (l. 56, l. 9 D 50. 17) zu Gunsten des Nichtfixgeschäftes seine Geltung bewähren. (Vergl. auch Busch Archiv Bd. 18, pag. 321. Brauer: Fixgeschäft oder keines?)

V.

§ 9. Schluss (Anhang).

Bei Behandlung einer wissenschaftlichen Arbeit kommt es nicht immer bloss darauf an, den Inhalt, den innern Organismus des behandelten Stoffes genau und vollständig darzulegen, sondern — und dies ist oft sogar die Hauptsache — auch Kritik darüber zu üben, ob dieser Inhalt, dieser Organismus im practischen Leben eine wirksame Anwendung finden könne, ob er überhaupt brauchbar sei und wenn er sich als brauchbar erweist, ob er in allen Fällen seine Brauchbarkeit bethätigen könne. Dieser Gedanke kehrt auf allen Gebieten der Wissenschaft wieder und gilt besonders auch für die Jurisprudenz. „Nichts ist verkehrter,“ sagt v. Ihering (Geist des röm. Rechtes I, p. 48) als ein Recht gleich einem philosophischen System bloss von Seiten seines geistigen Gehalts, seiner logischen Gliederung und Einheit zu beurtheilen. Möge es unter diesem Gesichtspunkt immerhin als ein Meisterstück erscheinen, so ist doch damit über seinen wahren Werth noch in keinerlei Weise entschieden. Letzterer liegt in seinen Functionen, d. h. in seiner practischen Brauchbarkeit. Was nützt es, dass eine Maschine den Eindruck eines Kunstwerkes macht, wenn sie im Betriebe als Maschine untauglich ist?“

An diesen Gedanken v. Iherings uns anlehnend, möchten wir als Appendix zu dieser Abhandlung einige Bemerkungen machen. Diese sollen sich auf die handelsrechtlichen, das Fixgeschäft betreffenden Bestimmungen beziehen und zwar in der Weise, dass hiebei besonders in Erwägung gezogen wird, ob diese Bestimmungen im täglichen Verkehr sich als brauchbare zeigen, ob sie überhaupt in allen Fällen nach den Regeln der Consequenz durchführbar seien, m. a. W., ob sie jenem Grundsatz der „formalen Realisirbarkeit“ entsprechen, unter welchem v. Ihering (Geist des röm. R. a. a. O., pag. 51) die Leichtigkeit und Sicherheit der Anwendung des abstracten Rechts auf die concreten Fälle verstanden wissen will.

Legen wir diesen Masstab an den Art. 357, sowie an die mit ihm in Verbindung stehenden Art. 343, 354, 355 und 356, so ist zu constatiren, dass die Bestimmungen des H. G. B. über den Verzug und seine Folgen im Allgemeinen den Stempel eines dem Verkehrsleben wohl entsprechenden Rechts an sich tragen; aber fügen wir gleich bei, dass alle Lücken auszubessern, alle Mängel und Fehler zu vermeiden, dem Gesetzgeber gleichwohl nicht gelungen ist. Und welches sind denn diese Lücken und diese Mängel?

1. Der erste Vorwurf, welchen wir erheben, betrifft nicht bloss den Art. 357, er bezieht sich auf den Verzug bei allen Handelskäufen.

Fasst man alle denkbar möglichen Verzugsarten beim Handelskaufe in's Auge, so ergeben sich deren zehn. Bei der folgenden Aufzählung zergliedern wir, wie auch das H. G. B. in Art. 354 es thut, den Begriff der Uebergabe der Waare im weitern Sinne in zwei Acte:

1) in den Act der Uebergabe der Waare im eng. Sinn,

2) in den Act der Lieferung der Waare,

und verstehen unter Uebergabe im engern Sinne denjenigen Act, durch welchen der Fixkäufer zwar Eigenthümer der Waare wird, jedoch den factischen Besitz derselben noch nicht erhält. Erst mit dem Momente der „Lieferung“ wird der Fixkäufer, welcher durch den Act der Uebergabe i. e. S. Eigenthümer der Sache wurde, auch Besitzer derselben. Z. B.: B verkauft dem A 1000 Scheffel Getreide, mit der ausdrücklichen Bedingung, dass er dieselben erst in zwei Monaten versenden müsse. A ist beim Zumessen dieser 1000 Scheffel zugegen. Schon mit diesem Act ward A Eigenthümer der 1000 Scheffel (er würde also auch die Gefahr des Untergangs tragen); aber erst nach vollendeter Lieferung (also nach zwei Monaten) wird er auch factischer Besitzer. M. a. Worten: der Act der Uebergabe i. e. S.

verwirklicht den Eigenthumsübergang, der Act der Lieferung auch den factischen Besitzesübergang. So will auch der Art. 354 aufgefasst sein, von dessen Anwendung dann keine Rede sein kann, wenn die Waare zwar dem Käufer nicht aushingegeben („geliefert“), aber bereits durch den Act „der Uebergabe“ zum Eigenthum desselben gemacht wurde.

Der Uebergabe im weitem Sinne entspricht auf Seiten des Käufers „die Empfangnahme der Waare“. Auch diese theilt sich entsprechend der Uebergabe i. w. S. in zwei Acte:

1) in denjenigen der *Abnahme* der Waare: der Käufer nimmt die Uebernahme der Waare im engern Sinn von Seiten des Verkäufers entgegen; der Käufer wird Eigenthümer der Waare;

2) in den Act *der Annahme der Waare*, d. h. der Käufer nimmt die Lieferung von Seiten des Verkäufers entgegen, der Käufer wird nunmehr auch *factischer Besitzer*.

Dass Verzug in der Empfangnahme (Art. 343) nicht nur dann angenommen wird, wenn der Käufer mit der *Abnahme* der Waare im Verzuge ist, sondern auch dann, wenn er nach geschehener *Abnahme* mit der *Annahme* der Waare im Verzuge ist, wird jetzt überall angenommen (vide Archiv f. practische Rechtswissenschaft XII, pag. 442, Seuffert Archiv N. F. V, pag. 341; R. O. H. G. IX, pag. 77, IV, pag. 19). Zwar die Nürnberger Commission und einige Commentare scheinen der Ansicht zu huldigen, dass von einem Verzuge in Empfangnahme der Waare nach geschehener „Abnahme“ derselben im Sinne des Art. 343 nicht mehr die Rede sei. Aber wie soll der Verkäufer, der bereits die Waare übergeben (im engern Sinne) hat, schlechter gestellt sein, als derjenige, welcher in dieser Beziehung noch nichts gethan hat? Gerade dadurch, dass die Waare übergeben (im engern Sinne) ist, erhält der Verkäufer um so mehr Garantie, dass der Käufer, nachdem er die Uebergabe entgegengenommen, der Entgegennahme der „Lieferung“ sicherlich nichts in den Weg legen werde. Thut der Käufer es dennoch, will er also die Lieferung gar nicht annehmen, so wäre es ein Act der Ungerechtigkeit, den Verkäufer nicht in die gleiche Lage zu versetzen, wie in jenem Falle, in welchem der Käufer noch gar nicht die „Uebergabe im engern Sinne“ entgegengenommen hat. Im Interesse der Billigkeit haben daher die Gerichte sich meist dieser weitem Interpretation von „Empfangnahme“ angeschlossen.

Nach dieser Auseinandersetzung lassen wir die zehn möglichen Verzugsarten beim Handelskaufe folgen:

Der Verkäufer ist in Verzug

<i>mit der Uebergabe der Waare im weit. Sinne</i>	<i>mit der Empfangnahme des Kaufpreises</i>
1) Verzug in der Uebergabe im eng. Sinne	Empfangnahmeverzug . . . Art. 355
2) Verzug in der „Lieferung“	Empfangnahmeverzug . nicht geregelt
3) Verzug in der Uebergabe im eng. Sinne	— — — . . . Art. 355
4) Verzug in der „Lieferung“	— — — . nicht geregelt
5) — — — —	Empfangnahmeverzug . nicht geregelt

Der Käufer ist in Verzug

<i>mit der Empfangnahme der Waare</i>	<i>mit Bezahlung des Kaufpreises</i>
6) Verzug in der Abnahme der Waare	Zahlungsverzug . . Art. 343 und 354
7) Verzug in der Annahme der Waare	Zahlungsverzug Art. 343
8) Verzug in der Abnahme der Waare	— — — Art. 343
9) Verzug in der Annahme der Waare	— — — Art. 343
10) — — — — —	Zahlungsverzug Art. 354 ¹⁾

Ein Blick auf diese Tabelle zeigt, wie sehr der Gesetzgeber die Partei des Fixverkäufers begünstigt hat, indem er ihr einen viel weiter gehenden Schutz angedeihen lässt, als dem Fixkäufer. Nur in zwei Fällen hat das H. G. B. die aus der Mora des Fixverkäufers entspringenden Rechte des Fixkäufers geregelt (wenn der Fixverkäufer im Verzuge ist mit der Uebergabe der Waare im engern Sinne und der Empfangnahme des Kaufpreises, und wenn er sich bloss im Verzuge befindet mit der Uebergabe der Waare im engern Sinne); während in sämtlichen 5 Verzugsfällen des Fixkäufers eine gesetzliche Normirung zu Gunsten des Fixverkäufers statuirt wurde. Die Bevorzugung des Fixverkäufers ist einleuchtend, wenn man bedenkt, dass demselben bei Verzug des Käufers, mag letzterer nun in Abnahme- oder Annahmeverzug sein, nicht bloss ein Recht, sondern die durch Art. 343 und 354 sanctionirten Rechte garantirt werden, während im umgekehrten Falle (im zweiten und vierten Verzugsfalle), wenn der Fixverkäufer mit der „Lieferung der Waare“ und mit der Empfangnahme des Kaufpreises oder bloss mit der „Lieferung der Waare“ sich im Verzuge befindet, das H. G. B. keine Vorschriften gibt, also das gemeine bürgerliche Recht (Art. 1) an seine Stelle tritt, welches dem nicht morosen Contrahenten einzig eine Klage auf Vertragserfüllung gewährt. Der

¹⁾ Der Art. 354 erleidet auf den zehnten Verzugsfall nur dann Anwendung, wenn Pränumerationskauf verabredet ist. Beim Creditkauf jedoch, welcher Uebergabe der Waare zur Voraussetzung hat, wird nur eine Klage auf Vertragserfüllung gegeben. Beim Zug um Zugkauf hingegen zieht ein Zahlungsverzug auch einen *Uebergabeverzug* der Waare nach sich. (Siehe sechster Verzugsfall).

Satz der l. 2 § 3 D. 44. 7, dass bei Consensualcontracten die Rechte und die Pflichtenlast gleichmässig unter beide Contrahenten vertheilt werden, ist hier aufgegeben, was umsomehr zu bedauern ist, als das H. G. B. eine gleichmässige Würdigung beider Interessen zu wahren bestrebt sein muss.

Dieser Incongruenz würde wohl am besten dadurch abgeholfen werden, wenn man den Verzugsfall Nr. 2 und Nr. 4 unter den Art. 355 rubriciren könnte, wonach dem Fixkäufer nicht bloss das Recht der hinterherigen Vertragserfüllung (bürgerliches Recht), sondern auch alternativ noch die zwei anderen Rechte zur Wahl verstellt würden.

Diesen Ausweg wählen, hiesse aber die Consequenz im Stiche lassen. Nachdem wir kurz vorher gesehen, dass der Gesetzgeber in Art. 354 unter „Uebergabe“ einfach das Factum des Eigenthumsübergangs der Waare ohne dazu erforderliche factische Besitzergreifung versteht, indem ja nach geschehener Uebergabe i. o. S., aber ohne Aushingabe der Waare an den Käufer (ohne Lieferung) der Art. 354 unmöglich zur Anwendung kommen kann, so lässt sich nicht gut denken, dass der Gesetzgeber in Art. 355 mit dem Begriffe „Uebergabe“ einen andern Sinn habe verbinden wollen, als er es im vorhergehenden Art. 354 gethan. Denn daran muss ein jedes Gesetzbuch fest halten, dass es für einen und denselben Ausdruck nicht eine verschiedene Interpretation zulässt.

Diese ungleiche Vertheilung der Rechte unter die beiden Contrahenten vermag auch nicht dadurch aufgehoben zu werden, dass der Gesetzgeber in Art. 354 dem Verkäufer zur Ausübung seines Schadenersatzrechtes den Verkauf der Waare vorschreibt, von welcher Pflicht der Käufer in Art. 355 entbunden ist. Der Käufer ist nicht aus blossem Wohlwollen für seine Person, wenn er Schadenersatz fordert, von dem Erforderniss des Einkaufs der Waare befreit, sondern aus dem einfachen Grunde, weil die durch Gewährung der Verkaufsselbsthülfe bewirkten Zwecke: Genaue Feststellung des Verkaufswerthes, Möglichkeit des Verkaufs zu jeder Zeit, Realisirung der Deckung, nicht ebenso in allen Fällen durch die Vorschriften des Einkaufs der Waare seitens des Käufers erreicht würden. (Vergl. Fr. v. Hahn, Commentar z. d. H. R.

2. Einen weitem Mangel erblicken wir in folgender Bestimmung. Das Gesetzbuch spricht beim handelsrechtlichen Verzug an 3 Stellen von „Schadenersatz“, jedesmal in einer etwas andern Bedeutung, nämlich als Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung (Art. 354, 355 und 357);

als Schadenersatz nach vollzogenem Verkauf (Art. 354 und 357); und als Schadenersatz wegen Nichterfüllung (Art. 355 und 357.)

Wenn nun auch einerseits zuzugeben ist, dass sowohl die Parteien wie der Richter durch die Hinzufügung „wegen verspäteter Erfüllung resp. wegen Nichterfüllung,“ sich über die verschiedene Bedeutung des Ausdrucks „Schadenersatz“ klar sind, so lässt sich anderseits nicht in Abrede stellen, dass das in Art. 357 statuirte Schadenersatzrecht wegen Nichterfüllung einer andern Berechnungsweise (wenigstens bezüglich des Zeitpunktes) unterliegt, als dasjenige des Art. 355.

Diese inhaltlich verschiedene Bedeutung des Ausdrucks „Schadenersatz wegen Nichterfüllung“ ist von Nachtheil. Die Parteien wie der Richter fühlen diesen Uebelstand. Will die erstere zur Fundirung ihrer Klage, namentlich zur Bestimmung der Höhe des Interesse eine sichere Richtschnur im Gesetze haben und nicht auf eine freie Interpretation angewiesen sein, so soll der letztere in seinen Urtheilen über einen so wichtigen Punkt nicht im Unklaren, seiner subjectiven Ueberzeugung überlassen sein.

3. Ein weiterer Vorwurf betrifft ausschliesslich die Bestimmungen über das Fixgeschäft und zwar, wie wir schon Gelegenheit gehabt haben zu bemerken (§ 1), in erster Linie den Ausdruck „genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist.“ Dr. Ladenburg (in Goldschmidt, Zeitschrift f. H. Bd. III. pag. 466) schreibt diesbezüglich über den Artikel 335 des preussischen Entwurfes, welcher beinahe wörtlich unserm jetzigen Art. 357 des H. G. B. entspricht: „Dabei muss ich mir aber die Bemerkung erlauben, dass der Ausdruck „genau zu einer festbestimmten Zeit“ etc. in Art. 335 leicht zu Missverständnissen führt, weil, wenn man dem Worte „genau“ eine Bedeutung beilegt, man dahin gelangen kann, den Art. 335 nur von denjenigen Fällen, in welchen die genaue Einhaltung der festgesetzten Zeit bedungen ist, zu verstehen, wodurch alle Fälle, in welchen bloss eine Zeit oder Frist festgesetzt ist, ohne dass die genaue Einhaltung derselben bedungen ist, offenbar nicht dahin gehören. Da es sich aber von selbst versteht, dass alle Stipulationen eines Vertrages in gleicher Weise bindend sind und dass die Festsetzung einer Erfüllungszeit vollkommen ausreichend erscheine, um die Verpflichtung zur Einhaltung derselben zu erzeugen, so kann den Contrahenten nicht zugemuthet werden, auch noch die genaue Einhaltung der festgesetzten Zeit besonders zu bedingen. Es ist zwar richtig, so fährt Ladenburg fort,

dass im gewöhnlichen Verkehr die Einhaltung der bedungenen Zeit nicht streng genommen zu werden pflegt; anders aber ist es im Handelsrecht. Der Handelsmann wie der Fabrikant weiss sehr wohl, dass wenn er sich zu einer Lieferung auf einen bestimmten Tag oder binnen bestimmter Frist verpflichtet, er diese Zeit inne halten muss, und es wäre gewiss nicht am Platze, wenn die Gesetzgebung einer gewissen Laxheit in Erfüllung eingegangener Verbindlichkeiten Vorschub leisten sollte etc.“

Diese Erwägungen von Dr. Ladenburg sind gewiss sehr wohl berechtigt, umsomehr, wenn man bedenkt, dass die jetzige Fassung des Art. 357 beinahe zur vollständigen Bedeutungslosigkeit der Verabredung einer bestimmten Erfüllungszeit führt.²⁾ Man könnte sich vielleicht mit der Ausdrucksweise „genau“ noch befreunden, wenn damit der nicht säumigen Partei ein Erkenntnisszeichen an die Hand gegeben wäre, an welchem dieselbe klar und deutlich in allen Fällen das Vorhandensein eines Fixgeschäftes erkennen könnte. Ein solches Erkenntnisszeichen aber, welches unter allen Umständen diesem Zwecke entsprechen könnte, fehlt, indem der gesetzliche Ausdruck „genau,“ welcher als ein charakteristisches Merkmal für ein Fixgeschäft gilt, bei vielen Vertragsabschlüssen weggelassen wird, ohne dass dem betreffenden Handelskaufe die Qualität eines Fixgeschäftes benommen wird.³⁾ (Vergl. § 1.) Wie soll nun der nicht säumige Contrahent verfahren? soll er bei Eintritt des Verzuges den Art. 354 resp. 355 oder den Art. 357 zur Richtschnur nehmen? Eine solche Frage könnte gar nicht auftauchen, wenn, wie Ladenburg bemerkt, das Vorhandensein eines Fixgeschäftes einzig davon abhängig gemacht worden wäre, ob eine festbestimmte Erfüllungszeit verabredet sei oder nicht.

²⁾ Zur *vollständigen* Bedeutungslosigkeit, wie Ladenburg behauptet (in Busch Archiv XXIX) führt die Verabredung einer festbestimmten Zeit trotz des Art. 357 dennoch nicht. Ist eine festbestimmte Zeit angegeben, mit Hinweglassung der für ein Fixgeschäft erforderlichen Requisite, so kommt freilich Art. 357 gar nicht in Betracht; immerhin aber vermag die Vereinbarung einer festbestimmten Zeit die Wirkung auszuüben, dass Art. 326 des H.G.B. nicht zur Anwendung kommt.

³⁾ Nach Meiers Auffassung in Busch Archiv V, pag. 43, welcher nur dann das Vorhandensein eines Fixgeschäftes constatiren will, wenn das Wörtchen „genau“ oder andere gleichlautende Ausdrücke gebraucht werden, hätte die Ausdrucksweise des Art. 357, Abs. 1 einen wohlberechtigten und consequent für alle Fälle anwendbaren Sinn. So aber wie die Commentare und die Gerichte ihn interpretiren und zwar mit vollem Recht interpretiren, ist die Fassung des Art. 357, Abs. 1 nicht eine glückliche zu nennen.

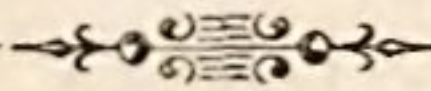
Dies ist ein nicht in Abrede zu stellender Mangel des H. G. B., welcher einerseits das gegenseitige Vertrauen der Kaufleute beim Abschluss von Handelskäufen zu fördern nicht geeignet ist, anderseits aber für den nicht morosen Contrahenten sehr nachtheilige Wirkungen hervorzurufen im Stande ist. Die nichtsäumige Partei ist es ja, welche bei Eintritt des Verzuges an ein bestimmtes, positives Handeln gebunden ist. Sobald nämlich ein Contrahent im Verzuge ist, so entsteht für den andern die Frage: liegt ein Fixgeschäft vor oder nicht? Von der richtigen Beantwortung dieser Frage hängt sein Verhalten ab, wenn er hinterherige Vertragserfüllung fordert oder auf Schadenersatz nach erfolgtem Verkaufe Anspruch macht. Würde er sich in seiner Auffassung irren, glaubt er z. B. es sei kein Fixgeschäft abgeschlossen, während in That und Wahrheit ein solches vorliegt⁴⁾, so muss er diesen oftmals sehr begreiflichen Irrthum schwer büssen. Nicht nur verliert er das Recht auf hinterherige Vertragserfüllung, welches bei einem Fixgeschäfte an eine sofortige Anzeige geknüpft ist, sondern auch den Schadenersatzanspruch, welcher auf Seiten des Fixverkäufers einen unverzüglichen Weiterverkauf der Waare voraussetzt. Der Satz von Paulus in l. 155, D. 50. 17 „factum cuique suum, non adversario nocere debet“ schlägt hier ins Gegentheil um. Nicht die säumige Partei muss für ihr Verschulden einstehen, sondern der unschuldige Theil, welcher durch den Buchstaben des Gesetzes gezwungen ist, eine Entscheidung zu treffen, die das beste Recht in ein Unrecht zu verwandeln im Stande ist.

Diese wenigen Bemerkungen mögen zum Nachweise genügen, dass die das Fixgeschäft betreffenden Artikel der Mängel nicht entbehren. Bessere Vertheilung der Rechte und Pflichten auf Käufer und Verkäufer, Weglassung des Ausdrucks „genau,“ präcisere Bestimmungen über den Schadenersatz wegen Nichterfüllung hätten bei einer sorgfältigen Redaction wohl mit in Berücksichtigung gezogen werden können.

In diesem Sinne hat auch Franke in seinem „Entwurf zu einem allgemeinen deutschen Gesetze über Schuldverhältnisse“ mehrere vom handelsrechtlichen Verzuge abweichende Veränderungen getroffen, namentlich aber jenes ominöse „genau,“ welches bei allen Kritiken der Stein des Anstosses war, vorsichtig weggelassen. Art. 283, Abs. 2. Ebenso der Entwurf zu einem schweizerischen Obligationenrecht, welcher wie das d. H. G. B. die Unterscheidung von Fixgeschäft und Nichtfixgeschäft aufrecht erhält, allein das unterscheidende Merkmal nicht in

⁴⁾ Dies gilt hauptsächlich für die Rechtsnachfolger der Parteien.

den Ausdruck „zu einer genau und festbestimmten Zeit“ etc. gesetzt wissen will, sondern darin, dass die Leistung zu einer bestimmten Zeit, weder früher, noch später oder „bis zu einer bestimmten Zeit und nicht später erfolgen solle.“ Damit ist vielen Streitigkeiten die Spitze abgebrochen und besonders jene strenge Ansicht, dass bloss dann von einem Fixgeschäft die Rede sein könne, wenn die pünktliche Einhaltung der festbestimmten Zeit von dem Wörtchen „genau“ oder ähnlich lautenden Ausdrücken abhängig gemacht wurde, über Bord geworfen.



Thesen.

- 1) Die Ansicht, dass bloss dann ein Fixgeschäft angenommen werden könne, wenn der gesetzliche Ausdruck „genau“ oder ein anderer gleichlautender beim Vertragsabschluss gebraucht worden sei, ist unrichtig.
 - 2) Die Mora debitoris beim Fixgeschäft nach deutschem Handelsrecht bewirkt nicht bloss eine modificirte Geltendmachung der drei dem nicht morosen Contrahenten zustehenden Rechte, sondern auch einen verschiedenen Inhalt bei einem dieser drei Rechte (Schadenersatzrecht wegen Nichterfüllung).
 - 3) Die hereditas jacens ist eine juristische Person.
 - 4) Die Conditionen sind nicht zu den Actiones stricti juris zu zählen.
 - 5) Die Bedrohung ohne Nöthigungsabsicht ist straflos zu lassen.
 - 6) Der Satz: „Ignorantia juris nocet“ gilt nicht für das Gebiet des Strafrechts.
 - 7) Der § 72 der deutschen Civilprozessordnung, wonach der Forderungsbeklagte dem dritten Forderungspetenten den Streit verkünden kann mit der Wirkung, dass, wenn der Dritte eintritt, der Beklagte gegen gerichtliche Hinterlegung der Schuld entlassen wird, kann analog auch auf dingliche Klagen angewendet werden.
-

Iten, Clemens,

Die Wirkungen des Verzugs des Schuldners beim Fixgeschäft nach deutschem
Handelsrecht

1881

Merc. 111 e

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11654530-8